الإفتراض القانونى

بين النظرية والتطبيق

دكتور
السيد عبد الحميد فوده
مدرس فلسفة القانون وتاريخه
كلية الشريعة والقانون بطنطا
جامعة الأزهر

2003

دار الفكر الجامعى
٣٠ ش سوتير الازاريطة ـ الاسكندرية
ت : ٤٨٤٣١٣٢

إسـم الكتـاب : الإفتراض القانونى بين النظرية والتطبيق
المـؤلــف : دكتور / السيد عبد الحميد فوده
النـاشــر : دار الفكر الجامعى
٣٠ شارع سوتير - الاسكندرية - ت : ٤٨٤٣١٣٢ (٠٣)
حقوق التأليف : جميع حقوق الطبع محفوظة، ولا يجوز إعادة طبع أو إستخدام كل أو جزء من هذا الكتاب إلا وفقاً للأصول العلمية والقانونية المتعارف عليها.
الطبعــة : الأولى
سنة الطبع : ٢٠٠٣
رقم الايداع : ١٥٥٢٥ / ٢٠٠٢
الترقيم الدولى : 7 - 98 - 5160 - 977
المطبعــة : شركة الجلال للطباعة
E.Mail : dar-elfikrelgamie@yahoo.com

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وما أوتيتم من العلم إلا قليلا﴾

صدق الله العظيم

مقدمة

القانون وحتميـة التطور :

القانون هو أحد المؤسسات الجوهرية فى حياة الإنسان الاجتماعيـة ، ولـولاه لأصبـح الإنسان مخلوقا مختلفا عما هو عليه . وقد دلت التجربـة علـى أن القـانون أحـد القـوى التى تساعد على تحضر المجتمع الإنسانى ، كما دلت أيضا على أن نمو الحضارة قد ارتبط على الدوام بالتطور التدريجى لنظام من القواعد الشـرعية ، ولجهـاز يجعـل تنفيذهـا فعـالا ومنتظما (١) . فالقانون ظاهرة اجتماعية متصلـة الحلقـات ، وهـو بهـذا الوصـف يوجـد بوجود الأفراد فى جماعة ، لأن الإنسان اجتماعى بطبعه ، لا يعيش وحده وإنما يعيش فـى المجتمع ، وهو أيضا نظامى بطبعه يميل إلى النظام ولا يستقيم أمره إلا به (٢) .

وقد سـاير القـانون تطـور الإدراك الإنسـانى ، ومـا زال يسـايره مـا دام الإنسـان موجـودا علـى الأرض ، لذلك قيـل " إن القانـون قاعـدة حيـاة أو هـو مجمـوع

(١) لورد / دينيس لويد : فكرة القانون ، تعريب الأستاذ / سليم الصويص ومراجعـه الأستاذ / سـليم بسيسو ، سلسلة عالم المعرفة ، العدد ٤٧ ، نوفمبر ١٩٨١، ص ٥ .

(٢) وفى ضوء ذلك يجب استبعاد الرأى الذى يذهب إلى أن الجماعات الأولى فى تاريخ البشرية لم تكن تعرف صورة القواعد القانونية ، حيث أن الجماعـات البشـرية وحتـى الهمجيـة أو البدائيـة عرفـت أنماطا من التنسيق والتعاون فيما بينها . وكما يقول الأستاذان موريه ودافى " إن الإنسان إذا كـان بطبيعته حيوانا اجتماعيا ، فهو كذلك حيوان نظامى ، أى أنه يستشعر ضرورة القواعد المنظمة " .
انظر فى ذلك دكتور / صبيح مسكونى : تاريخ القانون العراقـى القديـم ، الطبعـة الأولى ، بغـداد ١٩٧١ ، ص ٩ .

وعلى ذلك فليس صحيحا ما ذهب إليه البعض من الربط بين وجود الدولـة ووجـود القـانون ، إذ من الثابت تاريخيا أن القانون ظهر قبل ظهور الدولة بزمـن طويـل . إذ ارتبـط القـانون فـى نشـأته وتطوره بوجود ونشأة التجمع البشرى أو الجماعة البشرية حتى قبل أن تأخذ شكل الدولة ، فكان للأسرة قانونها وللعشيرة قانونها وللقبيلة أيضا قانونها ، فحيث توجد الجماعة يوجـد القـانون ، إذ القانون والجماعـة فكرتان متلازمتان حيث لا يتصور مجتمع بدون قانون . دكتور / عادل بسيونى: نشأة النظم القانونية والاجتماعية وتطورها ، طبعة ١٩٩٨ / ١٩٩٩ ، ص ١٣ .

الحياة الإنسانية بكاملها " (١) .

ويلاحظ بصفة عامة أن التقدم الاجتماعي يسبق دائما التطور القانوني ، لأن القانون ثابت بطبيعته والفكر الاجتماعي غير ثابت ، فلابد أن تمضي مدة لكي يصبح القانون مسايرا للتطور الاجتماعي (٢) .

والاتجاه الغالب بين رجال القانون يربط تماما بين القانون والمجتمع ، فالقانون ظاهرة اجتماعية ، وهذه الظاهرة الاجتماعية تعد انعكاسا لظواهر أخرى في المجتمع . فالقانون لا يقف عند حد تدوينه في شكل مدونات ، بل استمر في تطوره ليوائم ويواكب تلك التغيرات أو التطورات التي كانت تطرأ على المجتمعات ، فالتغيرات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والدينية يكون لها انعكاسها على الفكر القانوني ، وإذا كانت هذه المتغيرات قد ساهمت في تطور الفكر القانوني فإن دور كل منها لم يكن واحدا بالنسبة لكل المجتمعات ، بل تفاوتت من مجتمع لآخر (٣) . ومن هنا يقال إن القانون ينظر إليه دائما باعتباره تعبيرا صادقا عن ضمير الجماعة ، وإذا فقد القانون تفاعله مع المجتمع فإن العدالة بين الناس تغيب من الأفق لتحل محلها الفوضى أو الظلم ، ومن هنا كلما حدثت تغيرات على ساحة المجتمع كان من الضروري أن يتابع القانون هذه التطورات ليلحق بها مثبتا تفاعله الدائم مع ظروف المجتمع ليبقى التعبير الصادق لضمير الجماعة (٤) . فالحقيقة التي لا مراء فيها أن القاعدة القانونية تعد انعكاسا للعديد من الظروف التي تحيط بمجتمع معين ، وما دامت هذه الظروف المحيطة بالمجتمع في تطور دائم ومستمر ، فإن القواعد القانونية الموجودة في نفس المجتمع لابد لها من التطور

(١) دكتور / عبد السلام الترمانيني : الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية ، مطبعة جامعة الكويت ، طبعة ١٩٨٢ ، ص ٧ .

(٢) دكتور / محمد عبد المجيد مغربي : الوجيز في تاريخ القوانين ، طبعة ١٩٧٩ بيروت ، ص ٢١٥ .

(٣) دكتور / عادل بسيوني : نشأة النظم القانونية والاجتماعية وتطورها ، ص ١١٤ .

(٤) دكتور / فتحي المرصفاوي : تكوين الشرائع ، الناشر دار النهضة العربية ، ص ٢٢ .

الدائم والمستمر أيضـا " (١) فالقـانون فـي أي عصـر مـن العصـور وفـي أي شـعب مـن الشعوب ، لم يكن حادثة من حوادث المصادفة ، أو نزعة عرضيـة مـن نزعـات المشـرع ، إنما هو وليد ظروف التاريخ وثمـرة لتطـور المجتمـع ، ونتيجـة لعوامـل مختلفـة مـن سياسـية واقتصادية ودينية وفكرية متصلة الحلقات متدرجة مع سنة التقدم والارتقاء (٢) .

ولعل هذا هو ما قصده وأراده الفيلسوف الفرنسي " مونتسـكييه " فـي كتابـه " روح القوانين " حينما قال " إن القانون يجب أن يكون ملائما لحاجة الشعب الـذي صنـع مـن أجله " (٣) منوها بهذه العبارة بدور التطور التـاريخي فـي صنـع الأنظمـة القانونيـة حتـى أصبحت ملائمة مع الزمن لحاجة الشعب الذي تطورت هذه النظم من أجله .

ويذهب جـانب مـن الفقـه إلى أن تنـاهي النصـوص وعـدم تنـاهي الوقـائع يعـد أحـد الأسـباب الرئيسـيه إلى تطـور الشـرائع والقوانـين (٤) . فقـد وصلـت الأمـم والشـعوب المختلفـة إلى مرحلـة تدويـن القواعـد القانونيـة فـي مجموعـات قانونيـة محـدده ، وهـذه المجموعات القانونية جاءت بطبيعة الحـال لتقـف عنـد الحالـة التـي وصلـت إليهـا قواعـد السـلوك لـدى الأمـم والشـعوب ولتحمـل فـي الوقـت نفسـه مجموعـة التصـورات والافتراضات القانونية للوقائع التي يمكـن أن تسـتجد علـى مسـرح الحيـاة القانونيـة فـي حدود إمكانيات المشرع الوضعي وقدرتـه علـى الإحاطـة بحوادث المستقبل القريب أو

(١) " فإذا كانت قوانين الاجتماع البشرى لم تعد هي بذاتها كما كانت في الماضي ، فمرجـع ذلـك أن شيئا ما قـد تغير في الإنسان . والواقع أن جزءا مـن كيانـا يتغير مـن قـرن إلى قـرن ، ذلـك هـو إدراكنا ، فهو دائما فـي حركـة ويكـاد يكـون دائمـا فـي تطـور وتقـدم ، وبسـببه كـانت أنظمتنـا وقوانيننا عرضـه للتعديل . فإن الإنسان لم يعد يفكر اليوم كما كـان يفكـر منـذ خمسة وعشـرين قرنا . ولهذا السبب لم يعد يحكم نفسه كمـا كـان يحكـم وقتـذاك " فوسـيتل دى كولانـج : المدينـة العتيقة ، ترجمة عباس بيومي والدواخلي ، ص ٤ .

(٢) الأستاذ / على بدوى : أبحاث التاريخ العام للقانون ، ص ٨ .

(3) Montesquieu : Esprit des lois.

(٤) دكتور / صوفي أبو طالب : مبادىء تاريخ القانون ، طبعة ١٩٦٧ ، الناشر دار النهضـة العربيـة ، ص ٢١٥ .

البعيد . فالنصوص القانونية التى ترد فى المدونات محدده ومحصوره ومعلومة سلفا ، بينما الوقائع والحوادث التى يتمخض عنها التطور الاقتصادى والاجتماعى تقع بصفة دائمة ومنتظمة ومطرده ، كما أنه يدركها التغيير دائما ، الأمر الذى لا يمكن معه وضع مجموعة من النظريات يمكن أن تنضوى تحت لوائها كل الحوادث والوقائع المستقبلة . ولا يمكن من ناحية أخرى أن تكون هناك نصوصا قانونية لكل حادثه أو واقعة مستقبلة على حده ، ومن ثم يصبح تطور القانون أمرا ضروريا لا مفر منه ولا محيد عنه (١) .

وسائل تطور القانون :

القانون بوصفه مخلوقا يتلون بلون البيئة وظروفها الاجتماعية والاقتصادية والسياسية لا يتصور أن يصب فى قوالب جامدة لا يمسها التعديل . وقد كان من نتيجة ذلك بطبيعة الحال أن تسرب التعديل إلى القواعد المدونة ، وهذا وضع تحتمه طبيعة الحياة ذاتها ، فالقواعد المدونة كانت عند وضعها ضيقة النطاق محاطة بهالة من الإجراءات والشكليات والطقوس المعقده التى لم تعد - مع التطور - تلبى حاجات الناس ، ومن هنا قفزت إلى الذهن فكرة التعديل حتى تتوائم تلك النصوص مع الظروف الجديدة والحاجيات المتغيرة (٢) .

لذلك إستعانت الشعوب فى سبيل تعديلها هذه النظم القانونية المدونة بمجموعة من الوسائل ، وقد إختلفت تلك الوسائل باختلاف القوانين وباختلاف الظروف المحيطة بالشعوب المختلفة .

---

(١) عبر العلامة " الشهرستاني " الفقيه الإسلامى المعروف ، فى كتابه الملل والنحل الجزء الأول ص ٣٤ ، عن هذه المعانى جميعا بقوله " ... نعلم قطعا ويقينا أن الحوادث والوقائع فى العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعد ، ونعلم قطعا أنه لم يرد فى كل حادثة نص . ولا يتصور ذلك أيضا ، والنصوص إذا كانت متناهية والوقائع غير متناهية ، وما لا ينتهى لا يضبطه ما يتناهى ، علم قطعا أن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة إجتهاده " .

(٢) دكتور / هشام على صادق ، دكتور / عكاشه محمد عبد العال : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، طبعة ١٩٨٧ ، الناشر الدار الجامعية ، ص ٢٣٢ .

١ – فاختلاف الظروف المحيطة بالشعوب المختلفة أدى إلى اختلاف الدور الـذى يقـوم به كل مصدر من مصادر القانون . فدور الفقه – كمصـدر مـن مصـادر القـانون – فـى كل من القانون الرومانى والشريعة الإسلامية لا يقاس بدوره لـدى الشعوب الأخـرى . والعرف لعـب دورا هامـا فـى القـانون الإنجليزى بخلاف بعض القوانين الأخـرى وهكـذا .

٢– والصورة الخارجيـة التى استقرت فيها القواعد القانونية أثرت إلى درجـة كبـيرة فى تطـور القوانين . فتدويـن القواعـد القانونيـة لـدى بعـض الشـعوب ، مثـل الشـعب الرومانى ، جعل المهمة الملقاه على عاتق الفقه والقضاء – فى تفسير القـانون وتطبيقـه – عسيرة للغاية . أما الشعوب التى تركت قانونها دون تدوين واكتفت بمعرفته فـى صـورة تقاليد وعادات عرفية راسخة فى الأذهان ، أمكنها تعديل قانونها بسـهولة مثـل الشـعب الإنجليزي . فتطـور القـانون – لـدى شـعوب النـوع الأول – كـان يصطـدم بالنصوص المكتوبة ، ومن ثم كان من الضرورى ابتداع وسائل تساعد على تغـير القـاعدة القانونيـة دون الاصطدام بحرفية النصوص .

أما شعوب النوع الثانى فلم تكن فى حاجة إلى تلك الوسائل المعقدة ، التى ابتدعتهـا شعوب النوع الأول نظرا لعدم وجود نص مكتوب يحـد مـن حريـة الفقيـه أو القـاضى . وحتى بالنسبة للقوانـين المكتوبـة نجـد اختلافـا بينهـا فيمـا يتعلـق بوسـائل التطـور ، هـذا الاختلاف يرجع إلى عوامل متعددة من أهمها طريقة صياغـة القـاعدة القانونيـة . فبعـض الشعوب – مثل المسلمين – قد صاغت قواعدها القانونية فى صورة قواعـد عامـة كليـة دون الاهتمام بالجزئيات والتفصيلات ، بينمـا صـاغ البعـض الآخـر – مثـل الرومـان – قواعده فى صورة قواعد جزئية محدده . لذلـك نجـد الوسـائل التـى استعملتها الشـعوب الأولى تختلف – فى بعض الأحيان – عن الوسائل المعروفة لدى الشعوب الثانية .

٣– وتعدد الشرائع القانونية أو تعدد جهات القضاء فى بلد واحد كان له أثـر فعـال فى الوسائل التى استعملت فى تطور القواعد القانونية .

فالشعوب التي عرفت شرائع قانونية متعددة (مثل الرومان) أو جهات مختلفة للتقاضي (مثل الإنجليز) استعملت وسائل تطور متعددة ومعقدة بالقياس إلى الشعوب ذات النظام القضائي الموحد والشريعة الواحدة (مثل المسلمين) (١) ٠

وقد لجأت الشعوب القديمة على درج التطور إلى استخدام أكثر من وسيلة من وسائل تطور القانون ، فعلى الرغم مما سجله الواقع من تباين بين الشرائع بخصوص الوسائل المتبعة لتطوير القانون ، إلا أن هذه الشعوب جميعا أمكنها أن تبتدع وسائل عامة للتطوير يمكن حصرها في وسائل ثلاثة (٢) :

الوسائل العقلية : فقد كان الحكام والمشرعون يتدخلون لمواجهة سنة التطور باستخدام الوسائل العقلية وأهمها القياس ، ثم تلك الوسيلة الناجحة في العالم القديم وهي وسيلة " الحيلة " أو " الاحتيال على النصوص القانونية " أو " الافتراض القانوني " ، وهي تأتي حال كسل المشرع عن مواجهة كل جديد . إذ أنه والمجتمع البشري آخذ طريقة على سلم التطور ، تقدم الفقهاء والقضاة بحكم اتصالهم المباشر بظروف الحياة وتطبيق القانون ، فقد لوحظ مع تطور المجتمع أن شعر الناس بحتمية تعديل بعض القواعد القانونية لمواجهة الجديد في الحياة ، الخاصة أم العامة ، ولما لم تكن هناك من نصوص قبض أيديهم فلم يكن هناك بد من التحايل على النصوص القائمة ابتغاء توسيع دائرة تطبيقها أو الحد من مجال استعمالها أو خلق نظم قانونية جديدة – عن طريق التحايل – لإدخالها تحت حكم النصوص القائمة ٠

الوسائل الفلسفية : من الطرق الفلسفية التي حركت القانون من ركوده وأخذت به صوب آفاق عادله وأكثر إنسانية ، العدالة والقانون الطبيعي ، وكان لهذا العامل الفلسفي عظيم الأثر في تطوير الشرائع القديمة . فمع رقي المجتمع ، وظهور التضامن بين

---

(١) دكتور / صوفي أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، طبعة ١٩٩٢ ، الناشر دار النهضة العربية ، ص ٢١١ وما بعدها ٠

(٢) دكتور / هشام على صادق ، دكتور / عكاشة محمد عبد العال : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٣٥ ٠

أفراد الجماعة ، وانتشار الأفكار الإنسانية والأخلاقية ، بدأ المجتمع عن طريق القابضين على سلطة التشريع في الاحتكام إلى روح العدالة التى تهديه إلى الحكم السديد .

وبجانب هاتين الوسيلتين ، العقلية غير المباشرة ، طريقة الحيلة " الافتراض " التى تستمد وجودها من واقعات الحياة ، والعدالة مدثرة فى ثوب القانون الطبيعى القشيب . وهو يلتقى مباشرة مع فكرة الخير والحق القائمة فى قلب الكون ، يأتي عامل ثالث ممثل فى النصوص التشريعية التى تصدرها الدولة من خلال مجالسها التشريعية وصياغتها فى مواد قانونية لمواجهة سنة التطور ، عن طريق أعضاء المجالس التشريعية وقيامهم بدورهم فى صناعة القانون ، فى ضوء ما توصل إليه الفقهاء والقضاة أو قيامهم بهذه المهمة – كما فى العصور الحالية – من واقع المجتمع (١) .

هذه الوسائل الثلاث تضافرت فى تقديم تحول عظيم لمسيرة القانون فى الماضى كما فى الحاضر . إلا أن ذلك لا يعنى أن هذه الوسائل لعبت دورا متماثلا فى مختلف التشريعات وعند مختلف الشعوب ، كما أن هذه الوسائل ليست على درجة واحدة من الأهمية بالنسبة لتطوير القوانين (٢) .

ولا شك أن هذه الوسائل لم تظهر فى وقت واحد بل ظهرت بالتدريج وخلال فترات زمنية متفاوتة . فنتيجة للتطور الاجتماعى ، وتحت ضغط الاعتبارات العملية لجأ الفقهاء والقضاة للتحايل على النصوص القائمة فى سبيل تخفيف آثار بعض النظم القانونية ، أو فى سبيل استحداث نظم قانونية جديدة .وفى مرحلة لاحقه وبسبب الظروف العامة التى إنتابت الحياة الاجتماعية فى مختلف نواحيها وإرتقائها من الناحية الفكرية والأخلاقية ، فقد انتشر مبدأ العدالة واحتكم الناس إليه ليهتدوا إلى الحكم السليم بطريق صريح ومباشر . أما المرحلة الأخيرة من التطور فقد

---

(١) دكتور / محمود السقا : أضواء على تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، طبعة ١٩٩١ ، الناشر دار النهضة العربية ، ص ١٣٣ وما بعدها .

(٢) دكتور / على محمد جعفر : تاريخ القوانين ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع . الطبعة الأولى ١٩٩٨ ، ص ١٣٦ .

برز التشريع كوسيلة لإلغاء أو تعديل أو استحداث القواعد القانونية بما يتلائم مع التطورات والضرورات العملية فى المجتمع (١) ، سواء بتبنى النتائج التى توصل إليها الفقه والقضاء باستعمال الحيل القانونية ، أم باستلهام مبادىء العدالة ومراعاة مصالح الناس (٢) •

تمييز الافتراض عن الوسائل الأخرى لتطور القانون :

يختلف " الإفتراض " عن العدالة فى أن الافتراض يعمد إلى تعديل القواعد القانونية بطريق غير مباشر ، فهو يعدل القواعد القانونية مع احترام النصوص فى ظاهرها ، ولذلك سمى بحق : " أكذوبة محبوكة الأطراف أملتها الضرورة " ، أما العدالة فهى تعمل على تعديل القواعد القانونية بطريق مباشر ، فهى تعدلها صراحة •

ويختلف " الإفتراض " عن التشريع فى أن الأخير يعدل فى نصوص القانون صراحة . بعكس الإفتراض ، وفى أنه يستمد قوته من السلطة الحاكمة التى يحق لها فرض أوامرها على المحكومين . أما " الإفتراض " فلا يستمد قوته من السلطة العليا فى الدولة ، بل يستمدها من ضرورات الحياة العملية ، هذه الضرورات هى التى تدعو الناس إلى استعماله مع علمهم أنه لا سند له من القانون (٣) •

أهمية نظرية الافتراض :

يعد الافتراض ، باعتباره وسيلة عقلية من وسائل تطور القانون ، من أهم الوسائل التى لجأ إليها القائمون على تطبيق القانون وتفسيره قديما ، ومازال المشرع الحديث يلجأ إلى هذه النظرية فى تطبيقات عديدة ، الأمر الذى يتطلب بذل بعض الجهد لتوضيح معالمه

---

(1) Sir Henry Sumner Maine : Ancient law, 1920, P. 27 et 82.

(٢) دكتور / صوفى أبو طالب : مبادىء تاريخ القانون ، ص ٢٨٨ •

(٣) وتختلف العدالة عن التشريع فى أن العدالة تستمد قوتها من سمو مبادئها وإتفاقها مع العقل السليم ، وفى أنها تستهدف دفع الظلم عن الناس . أما التشريع فيستمد قوته من السلطة المختصة التى أصدرته . ولكن الوسيلتين تتفقان فى أن كلتاهما تستطيع تعديل القانون مباشرة صراحة .

دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢١٣ ، دكتور / عمر ممدوح مصطفى : أصول تاريخ القانون ، الإسكندرية ١٩٥٢ ، ص ٩٣ •

وتحديد الدور الذى يقوم به سواء فى الشرائع القديمة أم فى القانون الوضعـى الحديـث . خاصة أن كثير من المسائل الواردة فى القانون الوضعى مازال الخلاف يدور حـول مـدى اعتبارها من تطبيقات الإفتراض . فهناك الكثير من الأفكار التى تعـرض بصـدد الدراسـة الوضعية لا تتفق مع الحقيقة ، بل تخالفها تماما ، ويتم الاكتفاء بمجرد الإشارة إلى أنها مـن قبيـل الإفـتراض أو المجـاز القـانونى ، وهـــو مـا يطلــق عليـه فقهـاء الشـريعة الإسـلامية اصطلاح " الحيلة " (١) ٠

تقســيم :

إن دراسة نظرية الإفتراض القانونى تستدعى بـالضرورة تحديـد ماهيـة هـذه النظريـة . وهو ما يمثل الجانب النظرى للدراسة ، ثم توضيح دور هذه النظرية فـى تطـور الشـرائع القديمة ، ثم دورها فى تطور الفقه الإسلامى ، ثم بيان الدور الذى تقوم بـه النظريـة فـى القوانين الوضعية الحديثة ، وهو ما يمثل الجـانب التطبيقـى لهـذه الدراسـة، وسـوف نقـوم بدارسة هذه الموضوعات فى بابين متتالين على وجه التفصيل ٠

---

(١) دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافتراض ودوره فى تطور القانون " دراسة نظرية وتطبيقيه لفكرة الافتراض القانونى " ، طبعة ١٩٨٠ ، مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية التى تصدرهـا كلية الحقوق بجامعة المنصورة ، ص ٣ ٠

الباب الأول
المفهوم الفنى لنظرية الافتراض

يتطلب توضيح المفهوم الفنى لنظرية الافتراض أن نقوم بتعريـف ماهيـة الافـتراض ثـم نقوم بتحديد طبيعة الافتراض وبيان وظائفه ثم نقوم بتمييز الافتراض عـن بعـض الأفكـار القانونية الأخرى التى قد تشتبه معه ، وأخيرا نعرض للأسباب التى أدت إلى نشأة نظريـة الافتراض ٠

الفصل الأول
ماهيـة الافتراض

يمكن تعريف الافتراض بأنه " وسيلة عقلية لازمة لتطوير القانون ، تقوم علـى أسـاس افتراض أمر مخالف للواقع ، يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصه " (١) ٠

---

(١) انظر فى تعريف الافتراض فى الفقه الغربى :

- *Geny (F.) : Science et technique en droit, T.3, 1921. No 240.*
- *Dabin : La technique de l'elaboration du droit positif, especialement en droit civil, 1935, P. 283.*
- *Roger (René) : Du rôle de la fiction en droit, G.P. doc., 1935, P. 37.*
- *Corne (Henri) : De la fiction du Postliminium et la fiction de la loi Cornélie. Thése, Dijon 1895, P. 2.*
- *Dumeril (Henri) : Les fictions juridiques, leur classification, leur origines, Revue General de droit de la legislation et de la jurisprudence en France et a l'etranger, 1882, P. 448.*
- *Breth De la Gressaye, et Labord lacoste : Intrduction Générale à l'étude du droit, Paris 1947, No 187.*

وقد عرف الفقيه " إهرنج " الإفتراض بأنه " كذب فنى تقتضيه الضرورة " ٠

" Un mensonge technique consacré par necessité " Ihering (R.Von) : L'esprit du droit Romain, T. IV, P. 295.

وانظر فى تعريـف الإفتراض أيضـا : دكتـور / صوفى أبـو طـالب : تـاريخ النظـم القانونيـة والاجتماعية ، طبعة ١٩٩٢ ، الناشر دار النهضة العربية ، ص ٢١٤ ٠

دكتـور / هشـام علـى صـادق ودكتـور / عكاشـه محمـد عبـد العـال : تـاريخ النظـم القانونيـة والاجتماعية ، طبعة ١٩٨٧ ، الناشر الدار الجامعية ، ص ٢٣٧ ٠ =

يتضح من هذا التعريف بجلاء ، أن الافتراض لا يعدو أن يكون وسيلة عقلية لازمة لتطور القانون ، وأنه يؤدى وظيفة هامة يصعب تحقيقها بوسائل أو أساليب أخرى ، وهى تعديل حكم القانون دون نصه . ولكى يمكن اللجوء إلى الافتراض كوسيلة من وسائل تطور القانون ، ينبغى أن تكون هناك حالة واقعية لا مجال لتنظيمها بنص فى القانون ويراد على الرغم من ذلك تطبيق حكم القانون عليها والاستفادة من كل آثارة دون أن يحدث تغيير فى نص هذا القانون على الرغم من تغيير حكمه ، فيتصدى الفقيه فى هذه الحالة بافتراض أن هذة الحالة الواقعية توجد فى صورة وعلى نحو تلك الحالة التى ينظمها القانون وذلك على خلاف الواقع وإنما بمحض الافتراض والتصور (١) .

فالحيلة أو الافتراض القانونى ، ينطوى دائما على تجاهل للواقع الملموس ، أو مخالفة

= دكتور / فتحى المرصفاوى : تكوين الشرائع ، الناشر دار النهضة العربية ، ص ١٨٧ .

دكتور / مصطفى سيد أحمد صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، طبعة ١٩٩٥ ، الناشر مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة ، ص ٢٩١ .

دكتور / على محمد جعفر : تاريخ القوانين ، الطبعة الأولى ١٩٩٨ ، الناشر المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ببيروت ، ص ١٣٨ .

دكتور / عباس العبودى : تاريخ القانون ، ص ٥٩ .

دكتور / عبد المنعم درويش : مقدمة فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، الطبعة الأولى ١٩٩٧ ، ص ١٨٧ .

دكتور / عبد العزيز شوكت : البدر الساطع فى أصول النظم والشرائع ، طبعة ١٩٩٠ / ١٩٩١ ، الناشر مكتبة النصر ، ص ٣٥٦ .

دكتور / على بدوى : أبحاث التاريخ العام للقانون ، الجزء الأول تاريخ الشرائع ، الطبعة الثالثة ١٩٤٧ ، ص ٤٦ .

وقد عرفه الأستاذ الدكتور / منصور مصطفى منصور بأنه " إلباس الخيال ثوب الحقيقة والواقع لتحقيق أثر قانونى معين ، ما كان ليتحقق لولا هذا الافتراض الكاذب " ، انظر مؤلف سيادته المدخل للعلوم القانونية ، طبعة ١٩٦٠ ،مطابع دار الكتاب العربى بمصر ، ص ١٧٦ .

(١) دكتور / عبد العزيز شوكت : البدر الساطع فى أصول النظم والشرائع ، ص ٣٥٧ .

للحقائق الثابتة،بغية الإنحراف بالقاعدة القانونية إلى غرض آخر أو تجاهل وجودها(١) .

وقد ثار الخلاف بين الفقهاء بشأن مـا يقصـد بالحقيقـة التى يقـوم الافـتراض علـى مخالفتها ، ولبيان الحدود الحقيقية للمشكلة قرر الفقه أنه لا يقصد بمخالفـة الحقيقـة تلـك المخالفة التى تتضمنها كل قاعدة قانونية ، إذا أن كـل قاعـدة قانونيـة تتضمن قدرا من مخالفة الحقيقة نظرا لصياغتها فى صورة مجردة بعيدا عن ظروف تطبيقها العملـى ، ولكـن يقصد بمخالفة الحقيقة المخالفة الصريحة المقصودة التى يتضمنها الافتراض (٢) .

وعلى ذلك ينبغى أن تستبعد تلك المخالفة الحقيقية التى تتضمنهـا كـل قـاعدة قانونيـة نتيجة صياغتها فى صورة عامة مجردة ، فالصياغة القانونية وهى تحاول ضبط الواقع تقـوم على تصور ذهنى تحكمـى إلى حـد مـا حتى يتيسـر الوصـول إلى غايـات عمليـة معينـة . فالصياغة الفنية للقواعد القانونية فى صورة عامة مجردة ، قد تجعلها غير مطابقة للحقيقـة فى بعض الأحيان ، ويأتى ذلك لأن المشرع إنمـا يبنى تصـوره علـى الاحتمـالات الغالبـة والراجحة فى الحياة العملية ، بحيث يأتى تعميمه فى الاتجاه العـادى والطبيعى للأمـور . وبذلك ينبغى عـدم الخلط بين المخالفة الجزئيـة للواقـع التى تنطوى عليهـا كـل قـاعدة قانونية ، وبين الافتراض القانونى ، لأن هـذا الأخـير لا يخـالف الحقيقـة عرضـا وبصـورة جزئية ، وإنما يقوم على أساس أنه دائما أبدا مخالف للحقيقة والقانون معا مخالفـة صريحـة ومقصودة (٣) .

وفى سبيل تحديد المقصود بالحقيقـة التى يخالفهـا الافـتراض القـانونى انقسـم الفقـه إلى ثلاثة اتجاهات : الأول يذهب إلى أن الافتراض يقـوم علـى مخالفـة الحقـائق الطبيعيـة . والثانى يرى أن الافتراض يقـوم علـى مخالفـــة الحقـائق القانونيـــة ، أمـا الثـالث فهـو اتجاه مختلط .

---

(١) دكتور / مصطفى صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٩٢ .

(2) *Dekkers (René) : La fiction juridiaue, étude de droit Romain et de droit comparé, thèse Paris 1935, P. 19.*
Dabin : La technique de l'elabr:tion du droit positif, specialement en droit civil, 1935, P. 282.

دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ٨ .

(٣) دكتور / مصطفى صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٩٢ .

المبحث الأول
الافتراض يقوم على مخالفة الحقائق الطبيعية

يذهب أنصار ذلك الاتجاه (١) ، إلى أن الافتراض يقوم على مخالفة الحقائق الطبيعية . وهى تتمثل فى مجموعة من الحقائق المادية السابقة فى الوجود على القاعدة القانونية . وبالتالى تكون سابقة على الحقيقة القانونية التى تشتمل عليها تلك القاعدة القانونية . فالوجود المادى أسبق من حيث النشأة من الوجود القانونى ، فالقاعدة القانونية وما يتولد عنها من حقائق قانونية تجد أساسها فى حقائق الحياة المادية (٢) . أما إذا خالف الافتراض الحقائق القانونية ، أى الأحكام القانونية الفنية التى صنعها المشرع بنفسه ، فإن الأمر يخرج عن نطاق الافتراض ليدخل فى دائرة إلغاء القانون ، أو الاستثناء الذى يرد على القواعد العامة (٣) .

ويقسم أصحاب ذلك الاتجاه الحقيقة الطبيعية – التى تعد مخالفتها حيلة قانونية – إلى ثلاثة أنواع : الحقيقة التاريخية ، والحقيقة العلمية ، والحقيقة الفلسفية .

الحقيقة التاريخية : تعد الحقيقة تاريخية إذا كانت الواقعة المكونة لها ثابتة من الناحية التاريخية (٤) . والحيلة التى تقوم على مخالفة الحقيقة التاريخية ، هى تلك التى تقرر

---

(1) Geny (F.) : Science et technique en droit, T.3, 1921, P. 370.
- Dabin : La techinique de l'elaboration du droit positif, specialement en droit civil, 1935, P. 284.

(٢) دكتور / عبد المنعم درويش : مقدمة فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ١٩٠ .

(٣) دكتور / منصور مصطفى منصور : نظرية الحلول العينى وتطبيقاتها فى القانون المدنى المصرى ، رسالة دكتوراه ، ص ٩٧ .

وضرب أنصار هذا الرأى مثالا لذلك بحالة القاصر المأذون له بمباشرة بعض التصرفات القانونية . فالقاعدة العامة تحرم القاصر من إتيان الأعمال القانونية حتى بلوغ سن الرشد ، ولكن استثناء من ذلك أجيز للقاصر – لمصلحته ووفقا لشروط معينة – إتيان بعض الأعمال القانونية . ذلك الإذن لا يعدو حيلة قانونية ، ولكنه مجرد استثناء يتمثل فى مخالفة قاعدة قانونية من خلق المشرع الذى يستطيع أن يلغيها أو يورد ما يشاء من إستثناءات عليها .

(٤) دكتور / عبد المنعم درويش : مقدمة فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ١٩٢ .

أنه قد حدث ما لم يحدث في الحقيقة والواقع ، أو تقرر عدم حدوث ما قد حدث فعلا .

ومثال ذلك اعتبار الأسير الروماني قد مات قبل وقوعه في يد الأعداء ، حتى تظل وصيته قبل أسره صحيحه ، وقد تضمن قانون " كور نيليا " هذا الافتراض ، حيث افترض وفاه المقاتل الروماني قبل وقوعه فى الأسر ، واللجوء إلى ذلك الافتراض يجد سببه في أن تظل تصرفات المقاتل التى أجراها قبل وقوعه فى أيدى الأعداء نافذه من الناحية القانونية ، وذلك حتى يمكن نقل التركه إلى الورثة ، فالوقوع فى الأسر كان يرتب صفة العبودية ، وبالتالى فإن وفاه الأسير حال الأسر كان يعنى – فى ظل نصوص القانون الرومانى – وفاته في حالة الاسترقاق ، وهو ما كان يحول دون نقل التركه إلى الورثة . فهذا الافتراض يخالف الحقيقة التاريخية ، التى تؤكد حياة المحارب الرومانى وأنه لم يمت قبل الأسر (١) .

ومثال ذلك أيضا ، اعتبار الجنون المتقطع – أى الجنون الذى تتخلله فترات إفاقة – جنونا مستمرا ، مع ما يترتب على ذلك من ترتيب البطلان على التصرفات التى تقع من المجنون وهو فى فترة الإفاقة. فهنا ينكر القانون حالة الإفاقة ، ويعتبرها كأن لم تكن (٢) .

الحقيقة العلمية : تستند الحقيقة العلمية على معطيات محدده وثابتة علميا ، مثال ذلك تحديد بداية اكتساب الإنسان للشخصية القانونية ونهايتها بواقعتى الميلاد والوفاه . ومن ثم فإن الحيلة فى نظر ذلك الرأى تتمثل فى أمر مخالف لتلك الحقيقة ، مثال ذلك

---

(١) دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ٩ .

(٢) دكتور / مصطفى صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٩٤ .

ومثال الحيلة التى تستند على واقعه مخالفة للحقيقة التاريخية فى عالمنا المعاصر ، ما جاء فى المادة ١١٧٨ من القانون المدنى الفرنسى فيما يتعلق بالالتزامات الشرطية ، فقد افترض الشارع الفرنسى تحقق الشرط فى حالة ما إذا كان المدين بالالتزام الشرطى هو الذى يحول دون تحققه . فهذه القاعدة تتضمن مخالفة لحقيقة تاريخية هى عدم تحقق الشرط . وقد كان هذا الحكم مقررا فى المشرع التمهيدى للقانون المدنى المصرى ولكنه حذف فى لجنة المراجعة ، حيث كانت تنص المادة ٣٣٨ / أ من المشروع التمهيدى " يعتبر الشرط قد تحقق إذا كان الطرف الذى له مصلحة فى أن يتخلف قد حال بطريق الغش دون تحققه " .

افتراض بقاء المورث على قيد الحياة حتى يتم قبول الوارث أو الورثة للتركة ، وذلك حتى لا تترك التركه شاغرة بلا مالك خلال الفترة الممتدة من وفاة المورث إلى حين قبول الوارث أو الورثة لها . فالمكنة التى كان يتمتع بها الوارث أو الورثة فى ظل القانون الرومانى – والتى بمقتضاها يمكنه أو يمكنهم قبول أو رفض التركه – دفعت فقهاء ذلك القانون إلى اللجوء إلى الاحتيال بافتراض بقاء المتوفى حيا إلى حين إفصاح الورثة عن إرادتهم بقبول أو رفض التركه ، وذلك حتى لا توصف التركة بأنها شاغرة . ويكمن سبب اللجوء إلى الافتراض فى أن التركة كانت تنتقل بعنصريها السلبى والإيجابى إلى الورثة (١) .

الحقيقة الفلسفية : مخالفة الحقيقة الفلسفية قد تكون مخالفة لمبدأ السببية ، أو لمبدأ الذاتية ، أو لمبدأ عدم التناقض .

فمن المسلم به أن الشيء يدور مع سببه وجودا وعدما ، فكل منهما مرتبطا بالآخر . ومن ثم فإنه من المقرر أن السبب ليس له أى أثر قبل اللحظة التى يتقرر فيها تحققه. ولذلك فإن بعض الأحكام التى تقرر أثرا رجعيا لوقائع معينة ، هى أحكام مخالفة لمبدأ السببية ، ومخالفة بالتالى لمنطق الأشياء ، وتعتبر من قبيل الحيل القانونية . ومع ذلك فقد اخذ المشرع المصرى – فى بعض الحالات – بفكرة الأثر الرجعى للشرط ، بحيث إذا تحقق الشرط استند أثره إلى وقت نشوء الالتزام (المادة ٢٧٠ من القانون المدنى المصرى) ، وهذا يعتبر مخالفة وتحايل على مبدأ السببية الذى يقضى بأن الشيء لا يوجد

---

(١) ويلاحظ فى هذا الصدد بأن الأمر على خلاف ذلك فى الفقه الإسلامى ، حيث أن القاعدة هى أنه (لا تركه إلا بعد سداد الديون) ، بمعنى أن التركة لا تنتقل إلى الورثة إلا بعد سداد الديون التى على المورث منها . انظر دكتور / عبد المنعم درويش : مقدمة فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ١٩١ .

ومن أمثلة مخالفة الحقائق العلمية أيضا : افتراض أن الأشياء القابلة للحركة بطبيعتها ثابتة (العقار بالتخصيص) ، وافتراض أن الأشياء الثابتة بطبيعتها قابلة للحركة (المنقول بحسب المآل) ، وذلك على عكس ما هو ثابت علميا من أن تحديد طبيعة الشيء من حيث كونه منقولا أو عقارا يتم على ضوء طبيعة الشيء ذاته والحالة التى يكون عليها فى لحظة هذا التحديد .

قبل سببه ، وكان هذا يؤدى إلى القول بأنه لا أثر للسبب إلا من وقـت تحققـه ، ويخالف كذلك مبدأ عدم التناقض الذى لا يجيز أن يعتبر لتصـرف فـى مجموعـة بسـيطا ، ومعلقـا على شرط فى نفس الوقت (١) •

وعندما يقرر المشرع نظام الوفـاء مـع الحلـول ، ومـؤداه أن الوفـاء بـالدين لا يـؤدى انقضائه ، بل يظل الدين قائما بعد الوفاء بـه ويحـل فيـه الموفـى محـل الدائـن إذا توافـرت شروط معينة (المواد من ٣٢٦ حتى ٣٣١ من القانون المدنى المصرى) فإنه يصنع نظاما مخالفا لطبيعة الأشياء ، لأن الوفاء بحسب طبيعته ووفقا لمبدأ الذاتيـة ، يـؤدى إلى انقضـاء الالتزام . ولذلك فإن نظام الوفـاء مـع الحلـول ينطـوى علـى حيلـة قانونيـة ، قصـد بهـا المشرع حماية مصلحة الموفى فى استرداد ما وفاه (٢) •

كذلك عندما يقرر المشرع قاعدة الأثر الرجعى للقسـمه ، والتـى تقـرر أنـه " يعتـبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فـى الشيوع وأنه لم يملك غيرهـا شيئا

(١) دكتور / سمير عبد السيد تناغو : النظرية العامة للقانون ، طبعـة ١٩٧٤ ، الناشـر منشـأة المعارف بالإسكندرية ، ص ٤٠٤ •

- *Dabin : La technique de l'elaboration du droit positif, specialement en droit civil, 1935, P. 297 et s.*

* وانظر كذلك – فى نطاق المقارنة – رأى :

- *Demogue : Les notions fondamentales du droit privé, 1911, P. 243.*

كذلك فإن أخذ المشرع المصرى بفكرة الأثر الرجعى للقسمة ، والتـى تقـرر أنـه يعتـبر المتقاسـم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع ، وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص (مادة ٨٤٣ من القانون المدنى المصرى) ينطوى على مخالفة لمبدأ فسلفى هو مبدأ السببية ، لأن الأثر الرجعى يعنى أن القسمة لم تصنع شيئا ، ومن ثم لم يكن هناك مـبررا لوجودهـا ، كمـا أنهـا تنطوى أيضا على مخالفة للحقائق التاريخية التى تؤكد وجود حالة الشيوع قبل القسـمة •

(٢) دكتور / مصطفى صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٩٥ •

- *Geny (F.) : Science et technique en droit, T.3, 1921, P. 380.*
- *Dabin : La technique de l'elaboration du droit positif, specialement en droit civil, 1935, P. 293.*

وانظر كذلك – فى نطاق المقارنة – رأى :

- *Demogue : Les notions fondamentales du droit privé, 1911, P. 243 et s.*

فى بقية الحصص " (المادة ٨٤٣ من القانون المدنى المصرى) ، فهو يضع قاعدة لا تخالف فحسب الحقيقة التاريخية فى استمرار الشيوع فترة من الزمن ، بل هى تخالف أيضا واقعه حدوث القسمة ، لأنه إذا كانت ملكية كل متقاسم مفرزه منذ أن تملك فى الشيوع ، فمعنى ذلك أن القسمة لم تصنع شيئا ولم يكن هناك مبررا لوجودها . فالأثر الرجعى للقسمة هو فى الواقع إنكار لحدوث القسمة ذاتها ، وطبقا لمبدأ عدم التناقض ، فإنه لا يمكن اعتبار الشيوع قد وجد ولم يوجد فى نفس الوقت ، واعتبار أن القسمة قد وقعت ولم تقع فى نفس الوقت . فالأثر الرجعى للقسمة يقوم على مخالفة لمبدأ عدم التناقض ، ويعطى مثالا واضحا للحيلة القانونية المخالفة للمبادىء الفلسفية (١) .

---

(١) دكتور / سمير عبد السيد تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص ٤٠٤ .

- *Geny (F.) : Science et techniqueen droit, T.3, 1921, P. 405 et 406.*
- *Dabin : La technique de l'elaboration du droit positif, specialement en droit civil, 1935, P. 294 et s.*

المبحث الثانى
الافتراض يقوم على مخالفة الحقائق القانونية

يذهب انصار ذلك الاتجاه (١) ، إلى أن الافتراض لا يقوم على مخالفة الحقائق الطبيعيـة – كما ذهب أنصار الاتجاه الأول – وإنما يقوم على مخالفة الحقائق القانونية (٢) .

والدليل الذى يستند عليه أصحاب ذلك الاتجـاه هـو فكـرة الأثـر الرجعى للقسـمة . فالرجعية ما هى إلا قاعدة مجازية (افتراض) لأنها تتضمن مخالفة واضحة لحقيقـة قانونيـة مضمونها هو أن الحق المقرر لكل شريك لا ينشأ إلا بالقسـمة (٣) . كمـا أن الاعـتراف للشخص المعنوى بالقدرة على اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، أى الإعتراف له بشخصية قانونية متميزة ومنفصلة عن الشخصية القانونية لمن يمثلونه ، يعد دليلا لأنصـار ذلك الاتجاه القـانونى ، فمـن المسـلم بـه أن الشـخص الطبيعى هـو وحـده القـادر علـى اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، وتقرير تلـك المكنـة للشـخص المعنـوى لم يكـن ليتحقق إلا عن طريق اللجوء إلى الحيله والافتراض (٤) .

---

(1) - *Demogue : Les notions fondamentales du droit privé, 1911, P. 243.*
- *Dekkers : La fiction juridique, étude de droit romain et de droit comparé, thèse, Paris 1935, P. 243 .*

وانظر كذلك – فى نطاق المقارنة – رأى :

Lecoq (Lucien) : De la fiction comme procédé juridique, Thèse, Paris 1914, P. 223 et S.

(٢) دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الإفتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ١١ .

(٣) دكتور / منصور مصطفى منصور : نظرية الحلول العينى وتطبيقاتها فـى القـانون المدنى المصـرى . ص ٩٨ .

(٤) دكتور / عبد المنعم درويش : مقدمة فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ١٩٥ .

المبحث الثالث
الاتجاه المختلط

حاول جانب من الفقه التوفيق بين الاتجاهين السابقين (١) ، فذهب إلى أن الافتراض يتحقق حينما تطبق قاعدة قانونية مرتبطة بحالة مادية معينة على حالة أخرى ، مع تجاهل الخصائص المميزة لهذه الحالة الأخيرة . وقد ربط أصحاب هذا الرأى بين الاتجاهين السابقين ، وذهبوا إلى أن مخالفة الحقيقة القانونية لا تعتبر مجازا (افتراضا) إلا إذا كانت تلك الحقيقة مرتبطة بحقيقة مادية لا توجد فى الحالة الجديدة التى امتد إليها حكم القاعدة ، فإن هذا العنصر الجديد – وهو تجاهل اختلاف الحالة المادية (مخالفة الحقيقة الطبيعية) – هو الذى يجعل من القاعدة مجازا (افتراضا) قانونيا (٢) .

وبذلك لم يغلب أنصار ذلك الاتجاه أحد العنصرين على الآخر ، بل حاولوا التوفيق والمزج بينهما . فالافتراض ليس فقط مخالفة لحقيقة مادية (طبيعية) ، وليس كذلك مخالفة لحقيقة قانونية ، ولكنه مزيجا منهما معا.فالافتراض وفقا لأنصار ذلك الاتجاه يتحقق فى فرضية تطبيق قاعدة قانونية خاصة بحالة أو بواقعة مادية معينة على حالة أخرى، رغم اختلافهما من حيث الطبيعة والخصائص . ونقطة البداية فى نظر هؤلاء الفقهاء – فى محاولتهم للتوفيق بين العنصر المادى والقانونى – هو العنصر المادى أو الحقيقة الطبيعية ذاتها ، فهى الأساس فى وجود الافتراض من عدمه ، فإذا تحققت هذه المخالفة الأخيرة (أى مخالفة الحقيقة الطبيعية) فإنها تؤدى بالضرورة إلى مخالفة الحقيقة القانونية ، وبالتالى نكون أمام حيلة قانونية بالمعنى المقصود . أما العكس فإنه ليس بصحيح ولا يتحقق به الافتراض ، بمعنى أنه إذا تبين أن قاعدة قانونية معينة تنطوى على مخالفة للحقيقة

---

(١) انظر فى تفصيلات هذا الرأى :

- *Houin : Le probléme des fictions en droit privé, Trav. de l'association Henri Capitant, T. 3, 1948 . P. 242 et s.*

مشار إليه برسالة الدكتور / منصور مصطفى منصور : نظرية الحلول العينى وتطبيقاتها فى القانون المدنى المصرى ، رسالة دكتوراه ، ص ٩٧ – ٩٨ .

(٢) دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ١٢ .

القانونية ، فإن ذلك لا يؤدى بالضرورة إلى مخالفة الحقيقية الطبيعيـة ، وبالتـالى – ترتيب على تلك النتيجة – لا يمكن القول بأننا أمـام حيلـة شرعية ، فلابـد – دائمـا وأبـدا – من مخالفة الحقيقة الطبيعية ، أما إذا لم تقع مخالفة لهذه الحقيقة فإن الحقيقة القانونية وحدها لا تؤدى إلى قيام الافتراض القانونى (١) .

تعقيب : نسبية فكرة الافتراض :

إذا كان الافتراض بحسب تعريفه هو مخالفة الحقيقة ، فإن الحقيقة لا يمكن إدراكها إلا عن طريق ذكاء الإنسان ، وذكاء الإنسـان هـو وسيلة إدراك الحقيقـة ، وهـو فـى نفس الوقت جزء منهـا ، ونظـرا لأن العلـم يتقـدم يومـا بعـد يـوم وخاصـة فـى نطـاق العلوم الإنسانية ، لذلك فإن الحقائق العلمية هى بطبيعتهـا حقـائق نسبية . والافـتراض بحسب تعريفه لا يخالف الحقيقة فى ذاتها ، ولكنه يخـالف الحقيقـة المعروفـة فـى عصـر معـين فـى مكان معين ، والقول بنسبية الحقائق العلمية ، يفـرض ضـرورة القـول بنسـبية الافـتراض القانونى . فمن المتصور أن افتراض الأمس يصبـح معـبرا عـن الحقيقـة العلمية اليوم .

---

(١) دكتور / عبد المنعم درويش : مقدمة فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ١٩٦ .

ويذهب الدكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى – متفقا فى ذلك مـع الأستاذ الدكتـور / منصـور مصطفى منصور – إلى أن " الافتراض يقوم دائما على مخالفة الحقيقة الطبيعية ، ومتى تحققت مخالفة الحقيقة الطبيعية ، فإنها تؤدى بالضرورة إلى مخالفة الحقيقة القانونية . ولكن مخالفة الحقيقة القانونية وحدهـا لا تـؤدى بـالضرورة إلى مخالفـة الحقيقـة الطبيعيـة ، ومـن ثـم لا تـؤدى إلى القـول بوجـود الافتراض . وعلى ذلك فإن كشف الافتراض القانونى فى قاعدة من القواعد ، يقتضى أولا البحث فيما إذا كانت تخالف قاعدة قانونية أم لا ، فإن لم تخالف قاعدة قانونية فلا مجال للقول بالافتراض وإذا ثبت أنها تخالف قاعدة قانونية فإن هذا لا يعنى وحده وجود افتراض ، وإنما يجب البحث فيما إذا كانت القاعدة تخالف – إلى جانب مخالفتها للحقيقة القانونية – حقيقـة طبيعيـة أم لا،فإذا ثبـت أنها تخالف حقيقة طبيعية قلنا بتحقق الافتراض ، وإذا لم تخالف الحقيقة الطبيعية ، فإن مخالفة الحقيقة القانونية وحدها لا تؤدى إلى القول بتحققـه " أنظـر مؤلـف سيادته : الافـتراض ودوره فـى تطـور القـانون ، ص ١٢ . وانظـر كذلـك دكتـور / منصـور مصطفـى منصـور : نظريـة الحلـول العينـى وتطبيقاتها فى القانون المدنى المصرى ، رسالة دكتوراه ، ص ٩٩ .

والعكس أيضا صحيح وربما تكون العقلية القانونية متقدمة على العقلية العلمية فى بعض العصور - كما كان الوضع عند الرومان - ولذلك فقد يكون الافتراض هو الوسيلة التى تعالج بها العقلية القانونية النقص والقصور فى العقلية العلمية (١) .

ويلاحظ أن حقائق العلوم الإنسانية هى من الحقائق التى تختلف بشأنها وجهات النظر والآراء اختلافا بينا ، ولذلك يصعب بالنسبة لها القطع بوجود افتراض قانونى (٢) .

وإذا كانت المبادىء الأساسية فى نظرية المعرفة ، تعتبر أساسا لكل الحقائق العلمية باختلاف أنواعها ، إلا أن تطبيق هذه المبادىء على بعض الأحكام الخاصة قد يثير جدلا واختلافا فى الآراء ، كما حدث بالنسبة للأحكام التى تقرر رجعية أثر بطلان العقد أو فسخه ، أى التى تقرر أن العقد الباطل أو المفسوخ يعتبر كأن لم يكن ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد . فقد ذهب البعض إلى القول بأنها أحكام مخالفة للحقيقة وأنها لهذا السبب تعتبر من قبيل الافتراض القانونى أو المجاز (٣) .

ومع ذلك فنحن نميل - مع جانب من الفقه (٤) - إلى أن الرجعية لا ينبغى أن تعتبر دائما من قبيل الافتراض ، فهناك حالات من الرجعية تفرض نفسها على رجل القانون كحقيقة طبيعية ، بحيث لا يمكن الخروج عليها إلا عن طريق الإصطلاح أو المجاز ، ومن هذا القبيل إزالة آثار العقد الباطل أو العقد المفسوخ . فكما أن الوفاء يتضمن بطبيعته انقضاء الالتزام ، فإن البطلان والفسخ يتضمنان بطبيعتهما كذلك زوال كل أثر ترتب على العقد منذ وجوده ، فالبطلان والفسخ لا يمكن أن يكون لهما معنى غير ذلك . ومن الناحية التاريخية فإن العقد الباطل لم يوجد صحيحا فى أى يوم من الأيام ، والعقد المفسوخ وجد صحيحا ولكنه لم ينفذ أبداً من ناحية أحد المتعاقدين ولهذا تقرر فسخه . فإذا كان العقد قد أنتج بعض الآثار قبل أن يصدر حكم القضاء ببطلانه أو فسخه ، فإن

---

(1) Dabin : La technique de l'elaboration du droit positif, specialement en droit civil, 1935, P. 302. et s.

(٢) دكتور / سمير عبد السيد تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص ٤٠٥ .

(3) Gény (F.) : Science et technique en droit, T.3, 1921, P. 363, P. 382.

(4) Dabin : La technique de l'elaboration du droit positif, specialement en droit civil, 1935, P. 309 - 312.

هذه الآثار لا يمكن أن تظل قائمة بعد صدور هذا الحكم ، وهـذا ما يفرضه الوجه الآخر لمبدأ السببية ، فحيث يتوقف السبب تتوقف الآثار (١) . أما إذا قرر القـانون بقـاء بعـض الآثار التى تكونت فى الماضى رغم بطلان العقد ، فإن هذا الحكـم – وهـو عـدم رجعيـة البطلان – هو الذى يعتبر من قبيل الافتراض والحيلة . فعندما يقـرر القـانون بقـاء بعـض آثار الزواج الباطل مراعاة لمصلحة الأولاد والزوج الآخر حسن النية ، فإنه بذلك يضـع حكما مخالفا لطبيعة البطلان ، ومخالفا لمنطق الأشـياء ، ولذلـك يقـال أن الـزواج البـاطل يعتبر فى هذه الحالة زواجا ظنيا ، وهو ما يؤكـد أن عـدم رجعيـة أثـر البطـلان هـى التـى تخالف الواقع ، أما رجعية أثر البطلان – وكذلك رجعيـة أثـر الفسـخ – فهـى لا تخـالف الواقع ولا تعتبر من قبيل الحيلة أو الافتراض (٢) . وهناك أحكام أخرى كثيرة قد تختلـف بشأنها وجهات النظر بين اعتبارها من قبيل الحيلة والافتراض أو عدم اعتبارهـا كذلـك . ومن هذه الأحكام ما يتعلـــق بالشخصيـــة المعنويـة ، والتجنـس والتبنـى ، والنيابـة فـى التعاقد ... الخ (٣) .

---

(١) دكتور / سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص ٤٠٦ .

(2) Dabin: La technique de l'elaboration du droit positif, specialement en droit civil, 1935, P. 309 - 312.

(٣) دكتور / سمير عبد السيد تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص ٤٠٦ .

الفصل الثانى
تحديد طبيعة الافتراض وبيان وظائفه

بعد أن أوضحنا ماهية الافتراض سوف نحدد فـى هـذا الفصـل طبيعـة الافـتراض ، ثـم نقوم ببيان وظائفه وذلك من خلال عرض الاتجاهات الفقهية المختلفة فـى هـذا الصـدد . وذلك فى مبحثين متتالين ٠

المبحث الأول
تحديد طبيعة الافتراض

يعتمد القانون فى تكوينه على عنصرين : المادة التى يتكون منها ، والشكل أو الإطـار الذى تصاغ فيه تلك المادة . والعنصر الأول يتكون من مجموعة التقاليد والعـادات التـى يسير عليها المجتمع ، ولكن مع الزمن تتعدد العادات وتتعقـد العلاقـات الاجتماعيـة بـين النـاس ويـترتب علـى ذلـك صعوبـة تطبيـق تلـك العـادات والتقـاليد علـى العلاقـات الاجتماعية ، ويتعذر – فى بعض الأحيـان – الوصـول إلى حـل ملائـم لحكـم العلاقـات الاجتماعية المتجدده . ومن هنا تظهر الحاجة إلى صياغة تلك العـادات والتقـاليد صياغـة فنية وصبها فى قوالب محدده ، حتى يسهل فهم القواعد القانونية ويمكن تطبيقها بسـهولة على العلاقات الاجتماعية ، هذه القوالب الفنية هى التى تكون العنصر الثانى من عناصر تكوين القانون . ولتحقيق تلك الغاية لجأ المجتمع إلى طريقتين متميزتين :
التحليل القانونى والاقتصاد القانونى (١) ٠

أولا : الافتراض والتحليل القانونى :

يقصـد بـالتحليل القـانونى ذلـك النشـاط الذهنـى الـذى يقـوم بـه رجـال القـانونى . وموضوعـه تحليـل القواعـد القانونيـة المختلفـة وتصنيفهـا وذلـك بفصـل القواعـد ذات الأغراض المتباينة عن بعضها ، والهدف من ذلك التحليل هو معرفة الغرض الذى وضعت

---

(1) Savigny : Troité de Traité de droit roman, trad. franc. de Guenoux, Paris 1840, T. I, P. 14.

مشار إليه بمؤلف الأستاذ الدكتور / صوفى أبو طالب : مبادىء تاريخ القانون ، ص ٢٩١ ٠

القاعدة القانونية من أجله وجمع شتات القواعد التى تهدف إلى تحقيق غرض واحـد (١) . وبذلك أمكن تحديد معانى الأفكار والمبادىء القانونية المختلفة ومن ثم مجـال تطبيـق كـل منها،ومن هنا ظهرت نظريات قانونية عديدة كنتيجة لتحليل القاعدة القانونية مثل نظرية التصرف القانونى ونظرية التعسف فىاستعمال الحق،وكذلك ظهرت العديـد مـن النظـم القانونية كنتيجة لتصنيف القواعد القانونية التى تهدف إلى غرض واحـد والتـى تفرعـت عن مبدأ عام واحد ، مثل نظام الملكية . وبذلـك سـهل إدراك المعـانى المختلفـة للقواعـد القانونية المتعددة،ومن ثم أمكن تطبيقها بسهولة على العلاقات الاجتماعية العديدة(٢) .

ويعتمد التحليل القانونى على وسيلتين عقليتين رئيسيتين : صياغـة القواعـد القانونيـة فى صورة مجرده ، أى بعيده عن الملابسات التى أحاطت بظهورها ، حتى يسهل إدراكهـا وفهمها ، وصياغة القواعد القانونية فى صوره عامة أى تشمل الجميع ولا تخص شـخصا بعينه ، حتى يسهل تطبيقها على الحالات الفردية وتقـل المنازعـات بشـأن تفسـيرها (٣) . وهاتان الوسيلتان العقليتان وإن كان الغرض منهما هو تيسير فهم القـانون وتطبيقـه ، إلا أنهما – بغية تحقيق ذلك الغرض – قد تبعدانه عن الحقيقة الواقعة ، وفـى هذه الحالة قد

---

(١) دكتور / عبد المنعم درويش : مقدمة فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ١٩٩ .

(٢) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢١٥ .

(٣) يهدف واضعوا القانون من جعل القاعدة عامة مجرده تحقيـق العـدل والمسـاواة بـين أفـراد المجتمـع ، ومنع التحيز لمصلحة شخص معين أو ضد شخص معين ، مما يؤدى إلى وجـود نظـام واحـد مسـتقر سارد فى العلاقات القانونية فى المجتمع .

ويضاف إلى هذا الهدف الفلسفة القانونى ، اعتبار عملى هو استحالة صدور قرارات خاصـة تنظـم سلوك كل فرد فى المجتمع على حـده ، لأنـه مـن غـير المتصـور عمليـا حصـر كـل مـا يعـرض فـى المستقبل من فروض ووقائع ووضع حكم لكل منها ينصـرف إلى كـل شـخص بذاتـه وكـل واقعـه بعينها ، لذلك كان لابد من الالتجاء إلى التجريد فى مواجهـة هـذه الفـروض بحيـث تكـون العـبرة بعموم الصفة لا بخصوص الذات .

دكتور / محمود عبد الرحيم الديب : الحيل فى القانون المدنى " دراسة مقارنـة بالفقـه الإسـلامى . دار الجامعة الجديدة للنشر ، ص ٧١ .

يقال أن هذه الوسائل لا تفترق عـن الافـتراض لأنهـا كلهـا قـامت علـى أسـاس افـتراض يخالف الواقع . بيد أن الفرق بين الافتراض وبين هاتين الوسيلتين يظهـر فى أن الافتراض يقوم على أساس تجاهل الواقع الملموس بغية الانحراف بالقاعدة القانونية إلى غـرض آخـر أو تجاهل وجودهـا ، بينمـا هاتـان الوسـيلتان الأخريتـان لا تتجـاهلان قـاعدة قانونيـة موجودة ، بل تتجاهلان الواقع الملموس فى بعض الأحيان بغية الوصول إلى خلـق قـاعدة قانونية ، فالصياغة الفنيـة للقواعـد القانونيـة فى صـورة مجرده قـد تجعلهـا غـير مطابقـة للحقيقة فى بعض الأحيـان ، أمـا الافـتراض فيقـوم علـى أسـاس أنـه دائمـا أبـدا مخـالف للحقيقة والقانون معا (١) .

---

(١) " ففكرة المال فى لغة القانون فكرة مجردة ظهرت نتيجة لتصور أن كل ما هو فـى الوجـود – عـدا الإنسان – يعتبر شيئا ، فإن كان الشيء نافعا للإنسان ويصح أن يستأثر به دون غيره من الناس – يعنى يتملكه – اعتبر الشيء مالا . فالأرض شيء زمال فى نفس الوقت لأن الإنسـان يسـتطيع أن يستأثر بها ، والشمس شيء ولكنها ليست مالا رغـم أنهـا نافعة للإنسان إلا أنه لا يسـتطيع أن يستأثر بها دون غيره من الناس. وفكره الحق هى الأخرى فكرة مجرده ، فحق الملكية مثلا لا وجود له من حيث الواقع الملموس ، إذ ليس لدينا سوى أشخاص مالكين وأشخاص غير مالكين .

والحال كذلك حينما تعمد الصياغة الفنية للقواعد القانونية إلى تعميمها حتى تنطبق على الجميـع . هذا التعميم قد يبعدها عن الحقيقة ولكنه لازم لضمان تطبيقها . فمثلا المبدأ القائل بـأن " لا يعـذر المرء بجهله للقانون " يعنى افتراض القانون علم النـاس بـه دائمـا ولا يقبـل منهـم الاحتجـاج بعـدم معرفته ، هذا المبدأ يخالف الواقع فى بعـض الحـالات ويطابقـه فـى حـالات أخـرى ، فبعـض النـاس يعلمون بوجود بعض القواعد القانونية ولكن كثيرا منهم لا يعلمون شـيئا عـن كثـير منهـا ، ومـع ذلك لا يقبل منهم ذلك العذر ومن ثم يلتزمون به ويطبـق عليهـم ، والسـبب الحقيقـى فـى وجـود ذلك المبدأ هو إبعاد تطبيق القانون عن المناقشات التى قد تثور حول العلم به ، وفـى ذلـك تسـهيل وضمان لتطبيقه . ومن ذلك أيضا نظام الإرث ، فالقانون وضع قواعد معينة تنتقل بمقتضاها التركة إلى الورثة ، فهو الذى خص بعض الناس من أقارب المتوفى دون غيرهم بالإرث ، وهو الذى حـدد أنصبتهم ومراتبهم ، كل ذلك بناه القانون على الغالب الأعـم بـين النـاس ، ولذلـك اعتبر انتقـال الإرث إلى الورثه قائما على أساس الإرادة المفترضة من جانب المتوفى مع أن ذلك قد يخالف الواقع فى بعض الأحيان ، فقد لا تكون للمتوفى رغبة فى انتقال بعض تركته إلى بعض ورثته ، وقد تكون الأنصبة التى حددها القانون للورثة لا تتفق مع رغبة المتوفى الحقيقية . =

ثانيا : الافتراض والاقتصاد القانوني :

ترتب على تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية وتعقدها ظهور علاقات جديدة لا يمكن ضبط حدودها ومعرفة حكمها على ضوء القواعد القانونية السارية ، نظرا لقلة تلك القواعد من ناحية وعدم تطورها بسرعة تساير تطور العلاقات الإنسانية من جانب آخر ، فالحوادث – كما سبق البيان – غير متناهية والقواعد القانونية متناهية (١) . ولذلك أصبح من الضروري إيجاد الوسائل التي يمكن عن طريقها معالجة القصور الذى يظهر في القواعد القانونية ، وبذلك ظهرت الحاجة إلى ما يسمى بالاقتصاد القانوني . فكما أن الاقتصاد السياسى يعمل على سد حاجات الإنسان المتعددة بموارد محدوده ، فإن الاقتصاد القانوني هو الذى يمدنا بالوسائل التى نستطيع بمقتضاها استنباط أحكام قانونية ، لحكم العلاقات الاجتماعية المتجدده والمتعدده ، من القواعد والمبادىء القانونية المحدوده والموجوده بين أيدينا . فالاقتصاد القانوني يبين لنا الوسائل التى نستطيع استعمالها لتطوير القانون (٢) .

= فالمشرع اضطر إذن إلى تعميم القاعدة القانونية – واضعا نصب أعينه الشخص العادى فى المجتمع الذى يشرع له – حتى يسهل تطبيقها .

ومن هذه الأمثلة يبين لنا أن صياغة القاعدة القانونية فى صورة مجرده أبعدها فى بعض التطبيقات عن الحقيقة الواقعة ، وجعلها مطابقة للواقع الملموس فى بعض التطبيقات الأخرى ، أما الافتراض فهو دائما مخالف للواقع ، مثل افتراض أن الجنين قد ولد – حال حياة المورث – حتى يحصل على نصب من التركة .

هذه الأمثلة تدلنا على أن التحليل القانوني – سواء عن طريق التجريد أم عن طريق التعميم – قد يؤدى إلى صياغة القاعدة القانونية بصورة تخالف ، فى بعض الحالات ، الواقع الملموس ، ولكن هذه المخالفة لا تصطدم بالقواعد القانونية بل بالواقع وبالحقيقة المادية ، أما الافتراض فهو دائما مخالفة للحقيقة ولنصوص القانون معا " انظر دكتور / صوفى أبو طالب : مبادىء تاريخ القانون ، ص ٢٩٢ – ٢٩٣ .

(١) دكتور / عبد المنعم درويش : مقدمة فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٠١ .

(٢) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢١٨ .

والوسائل التى يمدنا بها الاقتصاد القانونى قد تكون وسائل بسيطة ، وقد تكون مصطنعه ومعقده . ونكون أمام وسائل بسيطة إذا كان الغرض منها هو تطبيق قاعدة قانونيـة على حالات لم توضع أصــلا من أجلهـا إذا كـانت هـذه الحـالات تتشـابه مـع الحـالات التـى صدرت بشأنها القاعدة القانونية وتتحـد معهـا فـى علـة الحكـم ، ويطلـق علـى الوسـيلة المستعملة هنا القياس . ونكون أمام وسائل مصطنعه إذا كـان القصـد منهـا الوصـول إلى غرض مخالف للغرض الذى وضعت من أجلـه القـاعدة القانونيـة ، أو إذا إعتمـدت علـى وقائع كاذبة باعتبارها صحيحة لكـى ينطبق القانون على حاله لم يكن ينطبـق عليهـا مـن قبل ، وهذه الوسائل كلها تعمد إلى تعديل القانون لجعله ملائمـا لتطـورات المجتمع دون تعديل فى نصوصه ، وهى ما نعرفها باسم الافتراض القانونى . فالافـتراض القـانونى إذن يعتبر من أهم تطبيقات الاقتصاد القانونى (١) .

---

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : مبادىء تاريخ القانون ، ص ٢٩٤ .

Ihering : L'esprit du droit romain, T. III, P. 235.

المبحث الثانى
وظائف الافتراض فى ضوء النظريات الفقهية

من الملاحظ أن تحديد وظائف الافتراض لم تحظ باتفاق من جانب الفقه ، وإنما اختلفت بحسب نظرة الفقه إلى الافتراض . ويمكن حصر هذا الخلاف فى اتجاهات ثلاثة :

الاتجاه الأول : وهو نظرية الأستاذ : إهرنج (*Ihering*) •

الاتجاه الثانى : نظرية الأستاذ ليكوك (*Lecoq*) •

الاتجاه الثالث : نظرية الأستاذان دابان (*Dabin*) وجنى (*Geny*) •

ويتلاحظ أن الإتجاه الأول قد قام بالتركيز على وظيفة الافتراض ، بينما يرتكز الاتجاه الثانى على جوهر الافتراض وطبيعته ، أما الاتجاه الثالث فقد ارتكز على دور الافتراض فى مجال صياغة القانون (١) •

وسنعرض لكل من هذه الاتجاهات الثلاثة موضحين مضمونها وما يمكن أن يوجه إليها من نقد •

أولا : نظرية إهرنج (*Ihering*) :

ذهب الفقيه " إهرنج " (٢) ، إلى تقسيم الافتراض بالنسبة للوظيفة التى يؤديها إلى أن الافتراض يؤدى وظيفة تاريخية ووظيفة علمية ، ومن ثم ينقسم إلى افتراض تاريخى وافتراض علمى (٣) •

---

(١) انظر فى تفصيلات تلك الاتجاهات : دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ٣٣ وما بعدها •

(2) Ihering : L'esprit du droit romain, T. 4, P. 296.

(٣) ذهب الفقيه أنجير " *Unger* " إلى تقسيم الافتراض بالنسبة للوظيفة التى يؤديها افتراض عملى وافتراض نظرى . والحقيقة أنه لا يوجد خلاف بين هذا التقسيم والتقسيم الذى نادى بـه الفقيه " إهرنج " فالافتراض العملى عند " أنجير " يرادف الافتراض التاريخى عند " إهرنج " ، كما أن الافتراض النظرى عنده يرادف الافتراض العلمى عند " إهرنج " . ولا خلاف فى الفقه فى أن التعبيرين مترادفان فالوظيفة التاريخية للافتراض تعد فى حقيقة الأمر وظيفة عملية،بالمقابلة للصفة =

ويقصـد بالافـتراض التـاريخى ، ذلـك النـوع مـن الافـتراض الـذى يمكـن بواسـطته استحداث قواعد قانونية جديدة ، مع إخضاعها للنصوص القانونية القائمة . فهو يتمثـل فى خلق روابط قانونية جديدة ، لا تندرج بحسب الأصل تحت حكم النصـوص القانونيـة القائمة ، ولكن يمكن عن طريق الافتراض إدراجها تحت حكم هذه النصوص (١) . ولهذا النوع من الافتراض – فى نظر إهرنج – أهميته البالغة فى تطور القانون ، إذ يمكـن عـن طريقة تحقيق أى إصلاح دون حاجة إلى تعديل النصوص القائمة .

أما الافتراض العلمى ، فيقصد به ذلك النوع من الافتراض الـذى لا يهـدف إلى خلـق روابط قانونية جديدة ، وإنما يهدف إلى تنسيق النظم القانونية القائمة ، وعمل تقسيمات لها بحيث تكون على درجة من الوضوح والتناسق مما ييسر فهمها (٢) . فالوظيفة العلميـة للافتراض – كما يراها إهرنج – مجرد وسيلة تهدف إلى تسهيل قبول القاعدة القانونية ،

= النظرية التى هى من خصائص الوظيفة العلمية للافتراض ، وإن كان الدكتور / أبو زيد عبد الباقى يرى أن تعبير " المجير " أوضح فى الدلالة على المقصود . انظر مؤلف سيادته : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ٣٤ . ويذهب الفقيه " *Demogue* " إلى القول بأن للافـتراض وظيفـة تاريخيـة وعلمية ، وأن دوره الرئيسى يتمثل فـى التوفيـق بطـريقـة دائمـة ومسـتمرة بـين المبـادئ القانونيـة المتعارضة . ويرى الفقيه " *Geny* " أن القول بأن للافتراض وظيفتين : تاريخيـة وعلميـة ، تتضمـن خلطا بين الغرض من اللجوء إلى الافتراض ، وبين ميكنه الافتراض ذاتـه ، فـالغرض مـن الافـتراض هو إنشاء نظم قانونية جديدة فى ظل قانون ضيـق وجـامد ، ولا يمكـن الوصـول إلى ذلـك إلا عـن طريق القياس ، ولا يتحقق ذلك عادة بمجرد التحـايل اللفظى ، بـل لابـد فـى الغـالب الأعـم مـن التحايل على مضمون النظام القانونى البدائى ويكون ذلك عادة ذهنيا .

دكتور / عبد المنعم درويش : مقدمه فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣٠٤ .

(١) يعترض الفقيه " *Holder* " على الوظيفة التاريخيـة للافـتراض ، إذ أنهـا لا تكـون مـن وجهـة نظـره افتراضا بالمعنى الحقيقـى ، والخطأ الـذى ارتكبـه ذلـك الفقيـه ودفعـه إلى إنكـار الوظيفـة التاريخيـة للافتراض ، أنه قد قصر مفهوم الافتراض على الحقـائق الماديـة دون غيرهـا . دكتـور / عبـد المنعـم درويش : مقدمة فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣٠٤ .

(٢) انظر فى تفصيلات ذلك الرأى :

Ihering : L'esprit du droit romain, T.4, P. 298.

أى تسهيل صياغة مركز قانونى يصعب تصوره فى ذاته ، ومـن ثم فـإن تلـك الوظيفـة لا تعد من وجهه نظر ذلك الفقيه وظيفة أساسية للافتراض (١) ٠

وقد انتقد جانب من الفقه نظرية " إهرنج " فى تقسيم الافتراض ، فذهب البعض إلى عدم صحة المعيار الذى استند إليه " إهرنج " فـى تقسيـم الافـتراض إلى تـاريخى وعلمـى اعتمادا على وظيفة الافتراض ، حيث يصعب فى كثير من الحالات الفصـل بـين الوظيفـة التاريخية والوظيفـة العلميـة (٢) . فكثيرا مـا يـؤدى الافـتراض الواحـد الوظيفتـين معـا . فتكون له وظيفة تاريخية ووظيفة علميـة ، فاسـتحداث قواعـد جديـدة وإدراجهـا ضمـن القواعد القانونية القائمة (الوظيفة التاريخية) ، يؤدى إلى تحقيق التناسق والوضوح لهـذه القواعد ، أى يحقق الوظيفة العلمية للافتراض ، فالوظيفتان متداخلتان ويصعـب الفصـل بينهما (٣) . وأضاف البعض الآخر أن الافـتراض ، وإن كـان يؤدى هـاتين الوظيفتـين ، إلا أنهما لا يصلحـان معيـارا للتمييز بين أنواعـه ، نظـرا لأن الوظيفـة التاريخيـة وظيفـة مؤقتة ومآلها إلى الزوال حينما يكتمل النظام القانونى وتنعـدم الضـرورة الملجئـة إلى مثـل هذا الافتراض ، بينما تعتبر الوظيفة العلمية دائمـة ولا يستغنى عنهـا النظـام القـانونى ، فهى تعمل على ترتيب وتنسيق طوائفه بما يحقق لها الاستقرار والوضوح (٤) . بينما ذهب

---

(١) يرى الفقيـه " *Ortolan* " أن الوظيفـة العلميـة للافـتراض مـا هـى إلا أسـلوب صياغـة للنصـوص القانونية المراد إعمالُ حكمها على مركز معين ، على الرغم من أن تلك النصوص لا تنطبق بحسب الأصل على ذلك الموقف ، فالوظيفة العلمية للافتراض ما هى إلا تحديد للمراكز القانونية ، كما لو أن هناك واقعه قد حدثت فعلا على الرغم من عدم حدوثها من الناحية الماديـة ، فالوظيفـة العلميـة إذن من وجهه نظر ذلك الفقيه ما هى إلا أسـلوب صياغـة ، أى نوعـا مـن التحـايل اللفظـى بينمـا يذهب الفقيه " *Demelius* " إلى أن الافتراض ما هو إلا مجرد طريقة للكلام . بيد أن ما ذهـب إليـه ذلك الفقيه لا سند له ، فالنظرية التى ترى فى الافتراض مجرد وسيلة صياغة ، لا تقدم أى مساهمة لعملية التحايل القانونى،أضف إلىذلك أن قصر الافتراض علىتلك الصورة يجرده من أهميته كأداة ذهنية ٠دكتور / عبد المنعم درويش : مقدمة فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٠٣ ٠

(2) Sayegh (Joseph) : Les fictions en droit privé, thèse, Dakar 1968, P. 18.

(٣) دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الإفتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ٣٥ ٠

(4) *Gény (F.) : Science et technique en droit, T. 3, 1921, P. 376.*

جانب آخر من الفقه إلى حد إنكار وجود الوظيفة العلمية للافتراض ، واعتبر القـول بهـا يعد من قبيل التزيد الذى لا لزوم له ، وأن الوظيفة الوحيده التى يقوم بها الافتراض هى الوظيفة التاريخية (١) .

فالخلاصة إذن أن تقسيم أنواع الافتراض بالنظر إلى الوظيفة التي يؤديها يعد تقسيما منتقدا لأن الوظيفتين متداخلتان من ناحية، ومن ناحية ثانية فإن وجودهما ذاته محل خلاف(٢).

ثانيا : نظرية ليكوك "*Lecoq*" :

ذهب الفقيه " ليكوك " إلى تقسيم الافتراض إلى نوعين : افتراض تصورى ، وافـتراض قياسى أو مقارن (٣) .

والافتراض التصورى عند " ليكوك " يتمثل فى عملية ذهنية محضة ، تقوم على مخالفـة الحقيقة القانونية وحدها ، لا الحقيقة الطبيعية . فهـو لا يعـدو – فـى نظـره – أن يكـون استثناء يرد على القواعد القانونيـة العامـة . ويـرى أن هـذا النـوع مـن الافـتراض كـان موجودا فى عهد القانون الرومانى ، وكان يؤدى إلى خلق قواعد قانونيـة جديـدة لتسـد النقص فى القواعد القانونية القائمة ، ولكنـه اختفـى بعـد ذلـك ولم يعـد لـه وجـود فـى القوانين الحديثة . أما الافـتراض القياسـى أو المقـارن ، فـيرى " ليكوك " أنـه الافـتراض السائد فى القوانين الحديثـة ، ويقـوم علـى التشـبيه والمقارنـة بـين حالـه منصـوص علـى حكمها وحالة أخرى لا حكم لها ، وإلحاق الحالة التى لا حكم لها بالحالة المنصوص علـى حكمها (٤) . ويرى " ليكـوك " أن أساس هـذا النوع من الافتراض هو القياس ، وأن

---

(1) Dekkers : *La fiction juridique, étude de droit romain et de droit comparé, Thése, Paris 1935, P. 88.*

(٢) دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الإفتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ٣٦ .

(٣) يقابل " ليكوك " بين الافتراض التصورى والافتراض التاريخى عنـد " إهرنـج " والافـتراض العملـى عند " أنجير " ، كما يقابل بين الافتراض القياسـى أو المقـارن والافـتراض العلمـى عنـد " إهرنـج " والافتراض النظرى عند " أنجير " .

(٤) كافتراض وجود ذمة مالية للشخص المعنوى مستقلة عن ذمة الأفراد المكونين له ، قياسا على الذمة المالية للشخص الطبيعى . وافتراض أن مقر سفاره الدولة فى الدول الأخرى بمثابة أرض أجنبية عن هذه الدول ، حتى تتمتع بالحصانات والامتيازات المقررة لها .

الفقه هو الذى يستعمله عادة ، ولا يؤدى إلا إلى تيسير فهم الأوضاع القانونية القائمة عن طريق المقارنة (١).٠

وقد انتقد جانب من الفقه نظرية " ليكوك " حيث أن الافتراض التصورى – الذى يرى " ليكوك " أنه يخالف الحقيقة القانونية وحدها – لا يقوم على أساس صحيح . فالافتراض يقوم دائما على مخالفة الحقيقة الطبيعية ، والتى متى تحققت فإنها تؤدى بالضرورة إلى مخالفة الحقيقة القانونية ، ولكن مخالفة الحقيقة القانونية وحدها لا تؤدى بالضرورة إلى مخالفة الحقيقة الطبيعية ، ومن ثم لا تؤدى إلى القول بوجود الافتراض . ومن ثم فإن النتائج التى يرتبها " ليكوك " على هذا التقسيم ليست صحيحه . وعلى ذلك فإن الافتراض – أيا كان نوعه – ليس استثناء يرد على القواعد القانونية العامة . كما أن الافتراض باعتباره يخالف الحقيقة الطبيعية (لا الحقيقة القانونية وحدها) ، لم يختف من القوانين الحديثة ، بل لا تزال هناك تطبيقات عديدة له فى هذه القوانين . أما بالنسبة للنوع الثانى ، وهو الافتراض القياسى أو المقارن ، فهذه التسمية غير صحيحه لأن القياس يستلزم تماثلا فى العلة بين المقيس والمقيس عليه ، وهو لا يعتبر من قبيل الافتراض (٢) ٠

ثالثا : نظرية دابان " *Dabin* " وجنى " *Gény* " :

ذهب الأستاذان " دابان وجنى " ، إلى تقسيم الافتراض تقسيما آخر يعتمد على مدى إسهامه فى صياغة القاعدة القانونية ٠

أولا : نظرية " جنى " : يرى " جنى " أن التعمق فى فكرة الافتراض يؤدى إلى القول بأن له قيمة يستمدها من عمومه واستمراره ، حيث نجد أثره واضحا فى كل المراحل التى تمر بها القاعدة القانونية ، سواء عند صياغتها أو أثناء تطبيقها أو عند تفسيرها .

---

(1) Lecoq (Lucien) : De la fiction comme procédé juridique, Thése, Paris 1914, P. 222 et s.

(٢) دكتور / ابو زيد عبد الباقى مصطفى : الإفتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ٣٨ ٠

وفى نفس هذا المعنى :

Sayegh (Joseph) : Les fictions en droit privé, Thése, Dakar 1968, P. 19.

وكذلك باعتبارها جزء من النظام القانوني.وقد قسم " جنى " الافتراض إلى أنواع ثلاثة:

النوع الأول : وهو الافتراض الذى يؤدى إلى توسيع نطاق الطوائف القانونية القائمة : وقد قسم هذا النوع إلى قسمين : (أ) افتراض يؤدى إلى التوسع فى تطبيق شروط القواعد القانونية ، كافتراض أن المنقول عقار بالتخصيص ، وافتراض أن العقار منقول بحسب المآل ، فمثل هذا الافتراض يؤدى إلى تعديل شروط تطبيق القواعد القانونية (١) . (ب) افتراض يؤدى إلى التوسع فى الآثار المترتبة على تطبيق القواعد القانونية ، وهو يؤدى إلى توسيع نطاق الطوائف القانونية (٢) . وهذا النوع من الافتراض – بقسميه – يعتبر وسيلة من وسائل الصياغة القانونية ، يستعيض بها المشرع عن ابتكار أفكار قانونية جديدة رغبة منه فى الاقتصاد القانونى . **أما النوع الثانى** : فهو الافتراض الذى يؤدى إلى إنشاء طوائف قانونية جديدة : وهذا النوع من الافتراض لا يؤدى إلى مجرد توسيع نطاق الطوائف القانونية ، وإنما يذهب إلى مدى أبعد يتمثل فى إنشاء طوائف

---

(١) فالعقار – وفقا لتعريفه التقليدى – هو الشيء الثابت بحيزه الذى لا يمكن نقله من مكانه دون تلف ، ولكن الافتراض الحق به المنقولات التى يرصدها مالكها لخدمته . وإذا كان المنقول هو الشيء غير الثابت ، الذى يمكن نقله من مكانه دون تلف ، إلا أن المشرع قد ألحق به فى الحكم العقار الذى يتوقع أن يصير منقولا ، مفترضا أن هذا الشيء منقول بالرغم من أنه عقار بطبيعته . ومثل هذا التعديل فى شروط تطبيق القواعد القانونية ، بغرض توسيع نطاق الطوائف القانونية القائمة ، يقال أيضا عن التجنس ، والحلول العينى ، والشخصية المعنوية . دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافتراض ودوره فى تطور القانون . ص ٤١ ٠

(٢) من أمثلة هذا الافتراض ، نيابة الشخص عن غيره فى القيام بالتصرفات القانونية ، مع انصراف آثار التصرف إلى ذمة الأصيل لا إلى ذمة النائب ، خلافا للقواعد العامة التى تقضى بانصراف آثار التصرف إلى ذمة المتصرف نفسه . وكذلك افتراض أن القسمة لا تنشىء حقا جديدا للمتقاسم . وإنما تكشف عن حق موجود له ٠ وافتراض الأثر الرجعى للبطلان . دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ٤٢ ٠

قانونية جديدة (١) ، وهذا النوع من الافتراض يسهم في بناء النظام القانوني . أما النوع الثالث : فهو افتراض له خصائص فقهية بحته : وهذا النوع من الافتراض لا يهدف إلا إلى شرح وتبرير القواعد القانونية القائمة وتوضيح نطاقها ، وهو من ابتكار الفقهاء (٢) .

وإذا كان أهم ما يميز اتجاه " جني " هو محاولته إقامة نظرية متكاملة للافتراض ، وهو ما يبدو واضحا في تتبعه لمدى ظهور الافتراض في المراحل المختلفة التي تمر بها القاعدة القانونية ، بدءا من صياغتها وعند تطبيقها أو ترتيب آثارها ، وعند تصدى الفقه لها بالتفسير أو التبرير (٣) . إلا أن جانب من الفقه انتقد نظرية " جني " من ناحيتين أولاهما : أنه لم يضع ضابطا للتمييز بين أنواع الافتراض الثلاثة التي نادى بها (٤) وثانيتهما : أنه استبعد بعض أنواع الافتراض من النقد، يم صراحة مستندا

(١) من أمثلة هذا الافتراض ، التبني ، واعتبار الابن غير الشرعي بالزواج اللاحق ابنا شرعيا . والموت المدني ، والحلول الشخصي أي حلول شخص محل الدائن في مواجهة المدين بعد سداده الدين عنه . دكتور / أبو زيد عبد الباقي مصطفى : الافتراض ودوره في تطور القانون ص ٤٣ .

(٢) من أمثلة هذا الإفتراض ، افتراض العلم بالقانون حتى لا يجوز الإعتذار بالجهل به وافتراض وجود رهن ضمني على منقولات المستأجر التي يضعها في العين المؤجرة ، تفسيرا لما للمؤجر من امتياز على هذه المنقولات لضمان الوفاء بالأجرة وغيرها من حقوقه الأخرى قبل المستأجر . دكتور / أبو زيد عبد الباقي مصطفى : الافتراض ودوره في تطور القانون . ص ٤٣ .

(3) Gény : Science et technique en droit, T.3, P. 376 et s.

(٤) يذهب الدكتور / أبو زيد عبد الباقي مصطفى إلى أن "الإفتراض الذي يؤدي إلى إنشاء طوائف قانونية جديدة ، أو يسهم في البناء القانوني عند " جني " ، يرادف الافتراض التاريخي عند إهرنج " والافتراض العملي عند " أنجير " ، كما أن الافتراض الفقهي عند " جني " ، يرادف الافتراض العلمي عند " إهرنج " والافتراض النظري عند " أنجير " . انظر مؤلف سيادته الافتراض ودوره في تطور القانون ، ص ٤٤ .

إلى حجج غير مقنعه (١) .

ولعل عدم وجود ضابط للتمييز بين أنواع الافتراض ، واستبعاد بعض أنواعه من نطاق التقسيم ، أدى إلى ضعف محاولة " جنى " في إقامة نظرية متكاملة (٢) .

ثانيا : نظرية " دابان " : حاول " دابان " إقامة نظريته بالتركيز على الأشكال التى يبدو عليها الافتراض فى الصياغة ، وعلى المزايا التى يحققهـا (٣) . وقـد قسـم " دابـان الافـتراض إلى أنـواع ثلاثـة : النـوع الأول : الافـتراض الـذى ينشـىء قواعـد قانونيـة جديدة: ويرى أن هذا الافتراض يتضمن مخالفة للواقع من حيث الموضوع وليس فقط من ناحية الشكل . ومن هذا القبيل القاعدة التى تقـرر فـى بعـض القوانـين تصحيـح نسـب الابن غير الشرعى فى حالة زواج والديه زواجا لاحقا على ولادته ، فهذه القاعدة تخالف فى مضمونها الواقع من حيث أنها تجعل من هو غير شرعى ابنا شـرعيا ، وتخالف بذلـك الحقيقة الطبيعية للمقصود بالابن الشرعى ، وهو الابن الـذى يولـد مـن زواج صحيـح فالافتراض هنا داخل فى أعماق القاعدة ذاتها ، فهو ليس مجرد وسيلة لتحقيق الهدف من القاعدة بحيث يمكن استبداله بوسيلة أخرى لتحقيق ذات الهدف ، بل هـو القـاعدة ذاتهـا بحيث يؤدى اختفاؤه إلى اختفاء القـاعدة فـى نفس الوقـت ، فالقـانون يجـد فـى سياسته وأهدافه العليا ما يبرر مخالفة الواقع ، وهـذا الخلاف بين القانون والواقع لم يتعلق بوسائل

---

(١) استبعد " جنى " صراحة وعن قصد ، بعـض أنـواع الافتراض من التقسيم الـذى وضعـه ، بحجة أن بعضها قد مضى عليـه الزمـن ولم يعد لـه مبرر ، كافتراض ملكية الزوج للأموال التى تقدمها الزوجة عند الزواج فى نظـام الـزواج بالدوطـة ، وافـتراض أن الـزوج هـو السـيد والأمـير علـى الأموال المشتركة للزوجين.وبحجه أن بعضها الآخر لم تعد له إلا أهمية محدوده جدا.انظر فىتفصيلات ذلك:

Gény Science et technique en droit, T.3, P. 378 et 388.

(٢) دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الإفتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ٤٤ .

وفى نفس هذا المعنى :

sayegh (Joseph) : Les fictionsen en droit privé, Thése, Dakar 1968, P. 23.

(3) Dabin : La technique de l'elaboration du droit positif, specialement en droit civil, 1935, P 323 et s.

القانون المصطنعة ، ولكنه تعلق أساسا بالمقتضيات العميقة للنظام القانونى (١) ، وقد استبعد " دابان " هذا النوع من نطاق التقسيم لأنه يتعلق بالمادة الأولية للقاعدة القانونية ، لا بمجرد الشكل الذى تظهر فيه ، أى أن يتعلق بالسياسة التشريعية لا بمجرد الصياغة الفنية للقاعدة القانونية (٢) . **أما النوع الثانى** : فهو الافتراض الذى يؤدى إلى توسيع نطاق تطبيق القواعد القائمة : وهذا النوع من الافتراض لا يؤدى إلى خلق قواعد قانونية جديدة ، وإنما يؤدى إلى توسيع نطاق تطبيق القواعد القائمة . ويرى دابان أن هذا الهدف يتحقق عن طريقين : (أ) الافتراض الذى يعدل فى شروط تطبيق القواعد القانونية (٣) ، ويؤدى هذا النوع من الافتراض إلى توسيع نطاق تطبيق القواعد القانونية القائمة عن طريق التعديل فى شروط تطبيقها ، بالخروج على معطيات القاعدة سواء أكانت معطيات تاريخية أو علمية أو منطقية تتفق والحقيقة ، بإضافة معطيات جديدة – تخالف الحقيقة – إلى المعطيات القائمة أو تحل محلها ، بما يؤدى فى النهاية إلى توسيع نطاق تطبيق القاعدة (٤) . ويحدث هذا دون مساس بمظهر القاعدة ، بحيث لا يبدو من حيث الظاهر أن هناك تعديلا قد طرأ على عدد القواعد القانونية أو على

---

(١) دكتور / سمير عبد السيد تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص ٤٠٧ ،

(2) Dabin : La technique de l'elaboration du droit positif, specialement en droit civil, 1935, p. 325 et s.

(٣) يرى " دابان " أن هذا النوع من الإفتراض يقابل الإفتراض التاريخى عند " إهرنج " ، والإفتراض العملى عند " أبجير " ، والإفتراض التصورى عند " ليكوك " ،

Dabin : La technique de l'elaboration du droit positif, specialement en droit civil, 1935, P. 330.

(٤) من أمثلة هذا الإفتراض ، افتراض أن الموطن الرومانى الذى أسره الأعداء قد مات قبل وقوعه فى الأسر مباشرة ، حتى لا يحرم ورثته من وصيته التى صدرت منه قبل الأسر ، نظرا لأن الأسر كان يؤدى إلى استرقاق الأسير ، بما يؤدى إلى عدم صحة وصاياه . وفى القوانين الحديثة ، كافتراض تحقق الشرط الذى امتنع تحققه بفعل المدين ، وافتراض المنقول المخصص لخدمة عقار عقارا بالتخصيص ، وافتراض وجود الشخص المعنوى بالرغم من أن الشخصية القانونية لا تتقرر إلا للشخص الطبيعى وتبدأ بميلاده وتنتهى بوفاته . دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ٤٧ ،

مضمون كل منها، لأن الحالات الجديدة التى أدى إليها الافتراض تدخل ضمن الطوائف القانونيـة القائمـة (١) . (ب) الافـتراض الـذى يتضمـن تبريرا للقواعـد القانونيـة (٢) . ويقتصر دور هذا النوع من الافتراض على تبرير القواعد القانونية القائمة ، بحيث يوضح

---

(١) " فالافتراض الذى يؤدى إلى اعتبار المنقول عقارا بالتخصص ، لا يخلق قاعده قانونية جديدة ، ولكنه يؤدى فقط إلى توسيع طائفة العقارات بحيث تشمل ليس فقط الأشياء الثابتة بحيزها والتى لا يمكن نقلها دون تلف ، بل تشمل كذلك المنقولات المرصوده لخدمة هذه الأشياء وهذا الافتراض وإن كان لا يخلق قاعدة قانونية جديدة ، إلا أنه يخلق حلولا قانونية جديده ، لأنه يؤدى إلى تطبق أحكام العقارات على المنقولات بالتخصيص . ولهذا السبب فإنه يعتبر من قبيل الافتراض المستخدم فى خلق القانون بالمعنى الواسع لهذا الاصطلاح .

والافتراض هنا مجرد وسيلة من وسائل الصياغة القانونية ، لأنه كان من الممكن الاستغناء عنه عن طريق ابتكار فكرة جديدة تعبر عن المنقولات المخصصة لخدمة عقار . ولكن من باب السهولة واليسر استغنى القانون عن ابتكار مثل هذه الفكرة الجديدة ، واكتفى بإدخال المنقولات المخصصة لخدمة عقار فى الفكرة التقليدية للعقار . ويؤدى ذلك إلى نوع من الاقتصاد فى الأفكار والطوائف القانونية ، وإلى نوع من الاقتصاد فى القواعد القانونية . فبدلا من خلق قاعدة قانونية جديدة لحكم المنقولات المخصصة لخدمة عقار ، فإن المشرع يطبق على هذه المنقولات نفس القاعدة الخاصة بالعقارات ، بمجرد اعتبار هذه المنقولات عقارات بالتخصيص ، أى عقارات مجازية . والافتراض يؤدى بذلك إلى تعديل فى فرض القاعدة الموجودة ، بحيث يتسع هذا الفرض لوقائع جديدة مختلفة أو متعارضة مع الوقائع التى وضع لها هذا الفرض أصلا ، وهو بهذا يؤدى إلى تقليل عدد القواعد القانونية .

والافتراض يختلف فى ذلك عن القرينة ، التى تؤدى إلى إحلال فكرة تقريبية محل الفكرة الأصلية ، دون أن يترتب على ذلك اختصار لعدد القواعد القانونية ، فالافتراض يؤدى إلى تحديد عدد الأفكار ، أما القرينة فهى تؤدى فقط إلى اختيار الأفكار الأكثر سهولة " دكتور / سمير عبد السيد تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص ٤٠٨ – ٤٠٩ .

- *Dabin : La technique de l'elaboration du droit positif, specialement en droit civil, 1935, P. 325 et s.*
- *Gény : Science et technique en droit, T. 3,1921, P. 379 et s.*

(٢) يرى " دابان " أن هذا الإفتراض يعادل الإفتراض العلمى عند " إهرنج " ، والافتراض النظرى عند " أنجير " ، والافتراض المقارن أو القياسى عند " ليكوك " .

الغرض منها، ويكشف عـن الفكـرة المنطقيـة التى تقـوم عليها (١) . وغالبا ما يكون الافتراض فى هذا الفرض من ابتكار الفقهاء الذين يميلـون إلى رد القواعـد القانونيـة إلى أصولها العامة أو إلى مبررات وجودهـا (٢) . وهكـذا يتبـين لنـا الفـارق الهـام بـين هذيـن النوعين من الافتراض، فبينما الأول يتعلق بتعديل شروط تطبيق القاعدة ، بمـا يـؤدى مـن الناحية الفعلية إلى خلق قواعد قانونية جديدة تحت ستار القواعـد القائمـة ودون مسـاس بشكل هذه القواعد ، نجد أن الثانى لا يتعلق إلا بتـبرير القواعـد القائمـة والكشـف عـن الفكرة المنطقية التى تقـوم عليها . ومـع ذلك فإن " دابان " لا ينكر أن التفرقـة بينهمـا لا تخلو من صعوبة فى بعض الفروض (٣) . أما النوع الثالث : فهـو الافـتراض الـذى يستخدم كعنوان للقاعدة ، حيث يرى " دابان " أن الافتراض قد يستخدم فقط كمجرد عنوان للقاعدة القانونية دون أن يسـهم فى أى تعديـل فـى مضمونهـا (٤) . ويعـد هـذا الدور أضعف دور يلعبه الافتراض فى مجال الصياغة القانونية .

ولم تسلم نظرية " دابان " مـن النقـد ، فذهـب البعض (٥) إلى أنه بالرغـم من أن " دابان " قد استخدم ألفاظا مخلفـة عـن تلك التى استخدمهـا مـن سبقـوه فى تقسيم

---

(١) من أمثلة هذا الافـتراض ، افـتراض وجـود رهـن ضمنـى لصـالح المؤجـر علـى منقـولات المسـتأجر الموجوده بالعين المؤجره ، ضمانا للوفاء بالأجرة . وافتراض منح المرأة المتزوجة وكالة ضمنية لمباشرة التصرفات القانونية المتعلقة بشؤون المنزل . دكتـور / أبـو زيـد عبـد البـاقى مصطفـى : الافـتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ٤٨ .

(٢) دكتور / سمير عبد السيد تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص ٤١٠ .

(٣) يذكر الأستاذ " دابان " مثالا لذلك وهو افتراض الشخصية المعنويـة ، حيـث يـرى أنـه يدخـل فـى نطاق النوعين معا . إذ عن طريق المقارنة بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوى يمكن فهم وتـبرير الافتراض ، إلى جانب أن هذا الافتراض نفسه يتضمن تعديلا فـى شـروط تطبيـق القواعـد القانونيـة التى تعلق بمنح الشخصية القانونية .

(٤) من أمثلة هذا النوع من الافتراض ، أن المشرع المصرى يطلـق اسـم شـركات القطـاع العـام علـى الوحدات الاقتصادية المكونة للقطاع العام، رغم أن النظام القانونى لهذه الوحدات يختلف تمامـا عـن النظام القانونى للشركات.دكتور/سمير عبدالسيد تناغو:النظرية العامة للقانون،ص٤١١ .

(٥) دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ٤٩ .

الافتراض – وبصفة خاصة إهرنج والجبير وليكوك – إلا أنه في الحقيقة قد تأثر بأفكـارهم جميعا ، ولم يخرج عليها كثيرا بالرغم من انتقاده لها . وقد اعتمد في التقسيم – من حيث لا يرغب – في التقسيم على الدور الذى يؤديـه الافتراض ، وهو الاتجاه الذى سـبق أن اتخذه على " إهرنج "،كما أنه جارى إلى حد كبير الأفكار التي قال بها" جنى " ، ولذلك فإن ما وجه من نقد إلى الأفكار السابقه يصدق على ما قالـه بـه " دابـان " . كمـا أن مـا ذهب إليه " دابان " من استبعاد النوع الأول من الافتراض من نطاق التقسيم ، بحجه أنـه يؤدى إلى إنشاء قواعد قانونية جديدة ، وبذلك يدخـل فـي نطاق السياسـة التشـريعية لا في نطاق الصياغة الفنية ، أمر لا يمكن قبوله . إذ أن التفرقة بين هذا النـوع ، والنـوع الثاني الذى يؤدى إلى توسيع نطاق القواعدالقانونية القائمة بالتعديل في شروط تطبيقها. تعد تفرقه غير واضحه . فإفتراض أن الإبـن غـير الشـرعى إبنـا شـرعيا بـالزواج اللاحـق لوالديه (النوع الأول) ، وافـتراض أن المنقول المخصص لخدمة عقار عقارا بالتخصيص (النوع الثاني) ، يتضمنان أحكاما قانونية جديدة ، كما أنه يمكن إعتبارهما دون تحكـم – يتصلان بالسياسـة التشريعيـة . ومن ثم ، يرى هذا الجانب من الفقـه أن " دابـان " ما كان يجدر به استبعاد النوع الأول من الافتراض من نطاق التقسيم الذى وضعه (١) •

وأيا ما كان الأمر بشأن الخلاف الفقهيالذى ثار بشأن الوظيفة التي يؤديها الافتراض. فإننا نرى أن الدور الحقيقى للافـتراض يتمثل في توسيع نطاق تطبيـق القانـون ، وذلك بأن يخضع لحكم القانون السارى حالة غير منصوص عليها •

(١) يذهب الدكتور / أبو زيد عبد الباقي ، إلى تقسيم الافتراض بالنظر إلى الدور الـذى يؤديـه إلى افتراض منشيء ، أى ينشيء قاعدة جديدة ، وافتراض مفسر ، أى يفسر ويـبرر وجـود قـاعدة قائمة.ويمكن أيضا تقسيم الافتراض تقسيما آخر بالنظر إلىالشخص الذى يقوم به،فيكون هناك افتراض تشريعي، أى يقوم به المشرع نفسه،وافتراض فقهي،أى يقوم به الفقيـه.وهـذا التقسـيم الأخير لا يختلف من حيث النتيجة عن الافتراض المنشـيء والافـتراض المفسر ، لأن الافـتراض المنشيء للقاعدة القانونية لا يقوم به إلا المشرع ، في حين أن الإفتراض المفسر هو مـا يقـوم بـه الفقيه عند تعرضه للقاعدة القانونية بالتأصيل وردهـا إلى الأسـاس المنطقى الـذى تقـوم عليـه . وينتهي إلى أنه يمكن وضع معيار لتقسيم الافتراض،إما بالنظر إلى الدور الذى يؤديه،وإما بالنظر إلىالشخص الذىيستعين به.انظر مؤلف سيادته:الافتراض ودوره فيتطور القانون،ص٥٠ •

الفصل الثالث
تمييز الافتراض عن بعض الأفكار المشابهة

تتماثل بعض الأفكار القانونية – فى بعض جوانبها – مع الافتراض ، بحيث يؤدى هذا التشابه إلى الخلط بينهما أحيانا . ومن ثم فإنه يتعين أن نميز بين الافتراض وبين هذه الأفكار ، حتى يتسنى لنا تحديد معناها على وجه الدقة .

المبحث الأول
الافتراض والغش نحو القانون

الغش نحو القانون ، عباره عن وسائل يتبعها الأفراد حتى يمكن تطبيق القانون عليهم . بينما لا يكون هذا التطبيق جائزا ، أو استبعاد تطبيقه ، بينما يكون هذا التطبيق واجبا (١) .

وإذا كان الغش نحو القانون يتفق مع الافتراض فى أن كلا منهما ينطوى على مخالفة الحقيقة ، إلا أن هذا التشابه يجب ألا يؤدى إلى الخلط بينهما حيث أن الفارق بينهما جوهرى ، ويتمثل فى أن الذى يخالف الحقيقة فى الافتراض هو واضع القاعدة القانونية أو من يفسرها ، بحيث تكون المخالفة جزءا من القاعدة نفسها . أما فى نطاق الغش نحو القانون فإن المخالفة تقع ممن يوجه إليهم الخطاب فى القاعدة ، أى من الأفراد الذين

---

(١) يختلف الغش نحو القانون عن الصورية ، فالصورية تنطوى على تصرف ظاهر غير حقيقى . فالإرادة الظاهره للمتعاقدين غير حقيقية. بينما فى الغش نحو القانون يجرى المتعاقدان تصرف حقيقيا ، أى أن إرادتيهما الحقيقية موجوده ، ولكن قصد بها الوصول إلى غرض غير مشروع . دكتور / عز الدين عبد الله : القانون الدولى الخاص ، الجزء الثانى ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدوليين ، طبعة ١٩٧٢ ، ص ٥٥٥ هامش ٣ .

والغش نحو القانون يتحقق فى فروع القانون المختلفة ، ولكنه يبدو بصوره واضحة فى نطاق القانون الدولى الخاص ، وبالذات فى تنازع القوانين ، حيث يعمد أصحاب المصلحة الذين تخضع علاقاتهم القانونية لقواعد آمره فى قانون معين ، إلى التغيير فى عناصر العلاقة بحيث تصبح وفقا لقواعد الإسناد خاضعة لقانون آخر دكتور / جابر جاد عبد الرحمن تنازع القوانين . طبعة ١٩٧٠ ، فقره ١٨٤ .

تنطبق عليهم القاعدة القانونية . فالافتراض وصف يلحق بالقاعدة القانونية ويتصل ببنائها ، أما الغش نحو القانون فإنه لا يتصل بصياغة القاعدة وإنما يتضمن وسائل يتبعها الأفراد لمخالفة الحقيقة (١) .

المبحث الثانى
الافتراض والقرائن القانونية

القرينة القانونية هى افتراض قانونى يقوم على استنباط مجرد يحدده القانون إعمالا للواقع العملى الغالب ، فتستخلص واقعه مجهولة بناء على ثبوت واقعه أخرى معلومة (٢) . فالقرينة القانونية إذن هى حقيقة اعتبارية تنتزع من الاحتمال الغالب . ويسلم بها المشرع بقصد ترتيب آثار قانونية معينة (٣) . وعلى ذلك فالقرينة القانونية هى افتراض قانونى يجعل الشيء المحتمل أو الممكن صحيحا ، وفقا لما هو مألوف فى الحياة ، أو وفقا لما يرجحه العقل (٤) .

والقرينة القانونية بهذا المعنى لا غنى فى أى نظام قانونى ، لأن القانون لا يستطيع أن ينظم المجتمع تنظيما قهريا إلا إذا قطع الشك باليقين (٥) .

---

(١) دكتور / مصطفى سيد أحمد صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣٩٨ .
دكتور / منصور مصطفى منصور : نظرية الحلول العينى وتطبيقاتها فى القانون المدنى المصرى ، ص ٩٦ .
Dabin : La technique de l'elaboration du droit positif, specialement en droit civil, 1935, P. 286.

(٢) دكتور / أحمد شوقى محمد عبد الرحمن ، دكتور / محمد ناجى ياقوت ، دكتور / حسن عبد الرحمن قدوس : المدخل للعلوم القانونية " النظرية العامة للقانون " ، طبعة ١٩٩٦ / ١٩٩٧م ، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة ، ص ٢٢١ .

(٣) دكتور / شمس الدين الوكيل : الموجز فى المدخل لدراسة القانون " القاعدة القانونية " . طبعة ١٩٦٧ ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ، ص ١٥٧ .

(٤) دكتور / سمير عبد السيد تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص ٣٨٧ .

(٥) دكتور / سمير عبد السيد تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص ٣٨٨ .

وتنقسم القرائن من حيث قوتها إلى نوعين (١) : فهناك قرائن بسيطة أو نسبية وهـذا هـو الأصل ، وهناك قرائن قاطعة أو مطلقة وهذا هو الاستثناء . والقرينـة البسـيطة هـى التى يجوز إثبات عكس ما جاء فيها (٢) ، والقرينة القاطعـة هـى التى لا تقبل إثبـات عكـس ما جاء فيهـــا (٣) ٠

ومن ناحية أخرى فإن القرائن إما أن تكون قرائن من صنع المشرع ، كوسيلة للصياغة المعنوية للقاعدة القانونية ، وإما أن تكون قضائية ، والتى تتمثل فـى استنباط عقلـى مـن جانب القاضى ، لا يستند إلى نص قانونى ، حيث تستدل على واقعه متنـازع عليهـا مـن واقعة أخرى ثابتة ، فتكون الواقعة الثابتة قرينة علـى الواقعـة الأولى ، ويستنبط القاضى

---

(١) التقسيم الوارد بالمتن هو التقسيم الخاص بقرائن الإثبـات . بيـد أن القرائـن القانونيـة قـد تستخدم أحيانا لتبرير حكم القاعدة القانونية ، فهى تقنع بـدور العلـة والتـبرير ، وبالتـالى تندمـج فـى حكـم القاعدة القانونيـة ولا يجـوز النظـر إليهـا منفصلـة ، أى لا يجـوز التشـكيك فيهـا أو محاولـة إثبـات عكسها . ومن قبيل القرائن التى تقنع بدور تـبرير القـاعدة القانونيـة مـا يقـره المشـرع بـأن حكـم المحكمة يتمتع بحجية الأمر المقضى ، فهنا نجد أن القاعدة تقضـى بـأن الحكـم يكـون صحيحـا فيمـا قضى به فلا تصح العوده إلى مناقشته إلا بطريق من طرق الطعن المقرره . والقرينة التى تقـف وراء هذه القاعدة هو افتراض أن الحكم الصادر من المحكمة هو تعبير عن الحقيقة . فالقرينة فى مثل هـذه الصورة لا تظهر بذاتها فى صلب القاعدة القانونية ، ولكنها تكمن وراءها كأسـاس يـبرر القـاعدة القانونية . دكتور / شمس الدين الوكيل : الموجز فى المدخل لدراسة القانون " القاعدة القانونية " . ص ١٦١ ٠

(٢) من قبيل القرائن البسيطة ، قرينة الخطأ المفترض بالنسبة لمتولى الرقابة . فهو يستطيع أن ينفى الخطـأ وبالتالى يتخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قد قام بواجب الرقابة ٠

(٣) من قبيل القرائن القاطعة ، قرينة الخطأ المفترض بالنسبة لحارس الحيوان . فلا يجـوز لحـارس الحيـوان أن ينفى الخطأ عن نفسه بإثبات أنه قد قام بما ينبغـى مـن العنايـة حتـى لا يحـدث الحيـوان الضـرر فالخطأ هنا قائم على قرينة لا تقبل إثبات العكس ، والسبيل الوحيد لنفـى المسـئولية هـو إثبـات أن الضرر قد وقع بسبب أجنبى غير الخطأ فى الحراسة ، مثل القوة القاهرة أو خطأ المصاب بالضرر أو الغـــير ٠

القرائن من ظروف الدعوى المعروضة عليه (١) .

والذى يهمنا فى هذا الصدد ، هو القرائن القانونية باعتبارها طريقة معنوية من طرق الصياغة القانونية ، لأنها من هذه الزاوية تتشابه مع الافتراض القانونى ، فكلاهما يلجأ إليه المشرع فى مرحلة تكوين القاعدة القانونية بقصد تيسير الوصول إلى غايات عملية معينة ، وكلاهما أيضا يقوم على أساس تصور ذهنى تحكمى للواقع (٢) .

بيد أن معيار التمييز بين الافتراض القانونى والقرائن القانونية يكمن فى أن الافتراض هو دائما أمر مخالف للحقيقة ، بينما تقوم القرينة على الاحتمال والترجيح ، فهى لا تخالف الحقيقة دائما وإن كانت – من ناحية أخرى – لا تتفق معها دائما . وفى الحالات التى تختلف فيها القرينة مع الحقيقة ، فإن مخالفة الحقيقة تكون بصفة مؤقتة ، إذ يمكن للخصم نقض القرينة وإثبات عكسها ، أى إثبات الحقيقة (٣) .

وعلى ذلك فإن معيار التمييز بين الافتراض والقرائن يتمثل فى أن الافتراض يخالف الحقيقة دائما ، أما القرائن فهى تخالف الحقيقة أحيانا ، إلى جانب أن القرائن تتعلق بالإثبات ، بينما يتعلق الافتراض بالقواعد الموضوعية (٤) .

---

(١) وذلك كما لو استدل القاضى على صورية عقد البيع ، بناء على صلة الزوجية ، أو صلة البنود التى ترتبط بين طرفى التصرف ، وعدم ملكية المشترى لأى مال . انظر دكتور / أحمد شوقى محمد عبد الرحمن ، دكتور / محمد ناجى ياقوت ، دكتور / حسن عبد الرحمن قدوس : المدخل للعلوم القانونية " النظرية العامة للقانون " ، ص ٢٢٢ .

(٢) دكتور / مصطفى سيد أحمد صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣٠٠ .

Marty (Gabriel) et Raynaud (Pierre) : Droit civil, T. 1, Introduction generale a l'étude du droit, 2 em ed. 1972, P. 106.

(3) *Sayegh (Joseph) : Les fictions en droit privé, Thèse, Université de Dakar 1968, No. 147.*

- *Dekkers : La fiction juridique, étude de droit roman et de droit comparé, Thèse, Paris 1935, No. 33.*

(٤) ذهب جانب من الفقه إلى الأخذ بمعيار آخر للتفرقة بين القرينة والإفتراض ، مقتضاه أن الافتراض يتعلق بالقانون أما القرينة فتتصل بالواقع . بمعنى أن القاضى حينما يعرض عليه نزاع معين يقوم بعمليتين : الأولى ، البحث فى الواقع المعروضة،وهنا قد يستعين بالقرينة. =

المبحث الثالث
الافتراض والصورية

يقصد بالصورية اصطنــاع مظهر كاذب عند إجراء تصرف قانونى بغرض إخفاء الحقيقة عن الغير . وقد يتبادر إلى الذهن أن الصورية بهذا المعنى تختلط مع الافتراض . إذ أن كليهما يعمل على تغيير الحقيقة أو تشويهها ، إلا أن الفارق واضح بينهما . فالصورية يلجأ إليها المتعاقدان لإخفاء حقيقة التصرف القانونى ، أما الافتراض فإنه وسيلة من وسائل الصياغة القانونية يلجأ إليها المشرع ، ومن ثم فإنهما يختلفان من حيث مصدر كل منهما . ومن ناحية أخــرى فإن الغرض من الصورية هو خديعة الغير باصطناع مظهر كاذب يخفى وراءه تصرفا حقيقيا آخر ، أما الافتراض فهو على العكس من ذلك ، إذ لا يهدف المشرع من ورائه إلى خديعة أحد ، وإنما يلجأ إليه بهدف تطوير القانون (١) .

= والثانية ، البحث فى القواعد القانونية ومدى انطباق حكمها على الحالة المعروضة ، وهنا قد يستعين بالافتراض .

Maynau (Jean) : Les fictions de contrat dans le code civil, Thèse, Monpiller 1924, P. 191.

ولكننا نعتقد – مع جانب من الفقه – أن هذه التفرقة لا تصدق إلا فى شأن القرائن القضائية ، أما القرائن القانونية فركنها القانونى هو نص القانون – وليس الواقع المادى – ومن ثم يظل المعيار المعروض بالمتن هو الأولى بالتأييد .

دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ١٩ .

(١) دكتور / مصطفى سيد أحمد صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣٠٠ .

المبحث الرابع
الافتراض والتدليس

يعرف التدليس بأنه إيقاع أحد العاقدين ، بطرق احتيالية ، فى غلط يدفعه إلى إبـرام العقد . ويستلزم التدليس لتحققه توافر عدة شروط : فينبغى أولا أن تكون هنـاك طرق احتيالية قد استعملت بقصد التضليل ، ويجب ثانيا أن يكون استعمال هـذه الطرق حاصلا من المتعاقد الآخر أو على الأقل كان عالما بـه أو كـان من السـهل أن يعلـم بـه . ومن ناحية ثالثة يجب أن يكون هذا التضليل دافعا إلى التعاقد (١) ٠

ويتفق التدليس مع الافتراض فى أن كلا منهما يتضمن مخالفة الحقيقـة ، بيـد أن هـذا التشابه يجب ألا يؤدى إلى الخلط بينهما ، حيث أنهمـا يختلفـان مـن حيـث المصـدر ومـن حيث الأثر . فمصدر التدليس يكون العاقد نفسـه أو على الأقـل يعلـم بـه أو كـان مـن المفروض حتما أن يعلم به ، بينمـا مصـدر الافـتراض هـو المشـرع الـذى يضـع القـاعدة القانونية . ومن حيث الأثر ، فإن التدليس فى حالة تحققه يؤدى إلى بطلان العقـد وزوال ما ترتب عليه من آثار ، أما الافتراض القانونى فإنه لا يؤدى إلى بطلان القاعدة القانونيـة أو وقف تطبيقها طالما توافرت شروط هذا التطبيق (٢) ٠

---

(١) انظر فى تفصيلات هذا الموضوع ، دكتور / محمود جمال الدين زكى : الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى ، الطبعة الثالثة ، ١٩٧٨ ، ص ١٣٧ – ١٥١ ٠

(٢) دكتور / مصطفى سيد أحمد صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣٠١ ٠
Sayegh (Joseph) : Les fictions en droit privé, Thèse, Dakar 1968, No 112.

الفصل الرابع
أسباب نشأة نظرية الافتراض

كان الافتراض – ولا يزال – أحد الوسائل الهامة اللازمة لتطور القــانون ، وإن كـان دوره في القوانين الحديثة ، لم يعد على نفس الدرجة مــن الأهميـة التـي كـان عليهـا فـي القوانين القديمة ، إلا أنه لا يزال واضحا في كثير مـن التطبيقـات . وإذا كـان الافـتراض يقوم على مخالفة الحقيقة ، فإن التساؤل يثور عن الأسباب التي تدعو إلى هــذه المخالفـة . ولهذا التساءل وجاهته نظرا لأن مخالفة الحقيقة ليســت مـن الأمـور المسـتحبة ، ومـن ثـم فيجب، أن تكون هناك أسباب ضرورية للقول بها (١) . ويمكن إجمال الأسباب التي دعت إلى استعمال الافتراض فيما يلي :

المبحث الأول
الأصل الدينـى للقاعدة القانونيـة

نشأت الشرائع القديمة في أحضان الديانة ، مما أضفى على القواعد القانونية نوعا مـن القدسية ، وترتب على ذلك أن صعب على الناس تعديل تلك القواعــد رغـم التطـورات الاجتماعية والاقتصادية ، والتي كانت تقتضي تعديل النصوص القانونية ، سواء بإلغائهـا أم بتعديلها أم باستحداث قواعد جديدة (٢) .

فلم يكن من الممكن في هذا الصدد تعديل القواعد القانونية التي نـالت هـذه المكانـة في نفوس الناس ، بما أضفى عليها طابعا من القدسية ، عـن طريـق العدالـة كوسـيلة مـن وسائل تطور القانون ، لأن أصلها الديني أو اختلاطها بالقواعد الدينية يضفي عليها طابع

(١) دكتور / أبو زيد عبد الباقي مصطفى : الافتراض ودوره في تطور القانون ، ص ٢٧ .

(٢) دكتور / صوفي أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢١٩ .

والمثال على ذلك ما حدث للهنود ، إذ أن قانونهم نابعا من الدين والعقيده البرهماتيـة ، وقـد قـام بإعلانه على الناس أحد ملوكهم المؤلهين " مانو " وساعده في ذلك رجال الدين ، ولم يصــل الهنـود إلى فصل القواعد القانونية عما عداها من قواعد السلوك فـي المجتمـع البشـرى حتى يومنـا هـذا . انظر الدكتور / فتحيّ المرصفاوى : تكوين الشرائع ، ص ١٨٨ .

العدالة الإلهية التي تسمو على العدالة التي تتحقق على أيدى البشر أو التي تمليها الضرورة ، كذلك لا يمكن للتشريع أيضـا ، كأداة من أدوات تطور القانون أن يحقق دوره في هذا المضمار ، لأن القواعد القانونية بأصلها ومصدرها الديني تسمو على القواعد القانونية التي يسنها البشر ، ويكون من غير المفيد إذن أن تمتد يد البشر لتعديلها أو المساس بها عن طريق تشريع وضعي . ومن ثم ، يصبح الافتراض ، والحال كذلك ، هو الوسيلة الوحيدة للمساس بقدسية القواعد القانونية ، والمساهمة في تطويرها بما يتناسب مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية التي تستجد في حياة الشعوب (١) ٠

لذلك اضطر القائمون على تطبيق القانون وتفسيره – أمام الحاجة الملحة إلى التعديل وقدسية النصوص – إلى التحايل على القواعد القانونية – عن طريق الافتراض – سواء بتطبيقها على حالات لم توضع لها أصلا أم بإهمالها وعدم تطبيقها ، نظرا لعدم صلاحيتها . كل ذلك دون المجاهرة بتعديلها أو بإلغائها ٠ولذلك قيل بحق بأن الافتراض عبارة عن " أكذوبة محبوكة الأطراف أملتها الضرورة " (٢) ٠

(١) دكتور / عبد العزيز شوكت : البدر الساطع في أصول النظم والشرائع ، ص ٣٦٤ ٠

(٢) دكتور / صوفي أبو طالب : مبادىء تاريخ القانون ، ص ٢٩٦ ٠

هناك جانبا آخر من القوانين احترمته الشعوب لأنه من وضع زعماء كانت لهم مكانة شعبية كبرى في نفوس شعوبهم ،مثال ذلك القانون الذى وضعه الملك " حمورابي " في بلاد العراق القديمة والذى اعتبر من أكبر المصلحين الاجتماعيين للعالم القديم ، وكذلك القانون الذى وضعه الفرعون المصرى " بوكخوريس " والذى اعتبر باعثا للنهضة المصرية في أواخر عصر الدولة الحديثة . وأيضا قانون " صولون " في مدينة أثينا ، وقد يكون احترام الشعب للقانون نتيجة حصولهم عليه بعد صراع مرير ويشق الأنفس كما حدث بالنسبة لقانون " الألواح الإثنى عشر " حيث تم وضعه بعد صراع عنيف بين العامة والأشراف من مواطني مدينة روما ٠

وما يقال عن القوانين القديمة يمكن قوله أيضا عن بعض القوانين الحديثة ، فمجموعة نابليون في فرنسا والباندكت في ألمانيا وقوانين كمال أتاتورك في تركيا الحديثة ، وقوانين ثورة يوليو في مصر ، في كل تلك الحالات لم يكن في استطاعة القاضي أن يطالب علنا بالتغيير ، كما لم يكن =

المبحث الثانى
التطور البطىء لبعض المجتمعات

إن التطـور الـذى يصيب المجتمع لا يعنى أن التغيير يقع طفره واحـدة ، فغالبيـة المجتمعات يقع التغيير الاجتماعى فيها ببطء شديد يكاد يكون غير محسـوس ، ولما كـان القانون مرآة صادقة لظروف المجتمع ، فمعنى ذلك أن التطور البطىء للمجتمع يجب أن يقابله تطور بطىء فى القواعد القانونية . وهذا التطور البطىء لقواعد القانون يصعب أن يتم بناء على تدخل صريح ومفاجىء من جانب السلطة التشريعية فى المجتمع ، ومن هنـا يحسن أن يتم ذلك عن طريق وسيلة تدريجية هى الحيلة أو الافتراض ، ثم بعد مـرور فـترة زمنية كافية يكتشف المشـرع ذلك التطـور الذى أحدثه الافتراض الذى لجأ إليـه الفقـه والقضاء فيتدخل حينئذ إما بتبنى القواعد الجديدة التـى وصـل إليهـا الافـتراض ، وإما بمحاربة ذلك الافتراض إذا اتضح للمشرع النتائج الضارة أو الخاطئة له (١) ٠وربما لهـذا السبب ولغيره من الأسباب ، لم يظهر التشريع كوسيلة من وسائل تطور القانون إلا بعـد ظهور الافتراض بزمن طويل (٢) ٠

= باستطاعة مفسرى القانون أن يعلنوا رأيهم جهارا بضرورة تعديل أو تطويـر تلـك القوانـين ، ومـن هنا كان اللجوء إلى الافتراض ضروريا للوصول إلى تعديل قواعد القانون دون تعديـل النصـوص . انظر دكتور / فتحى المرصفاوى : تكوين الشرائع ، ص ١٨٩ ٠

(١) دكتور / فتحى المرصفاوى : تكوين الشرائع ، ص ١٩٠ ٠

- *Dekkers : La fiction juridique, étude de droit romainet droit comnaré, Thèse, Paris 1935, P. 116.*
- *Main : Ancient law , 1920, P. 30 et s.*

(٢) دكتور / عبد العزيز شوكت : البدر الساطع فى أصول النظم والشرائع ، ص ٣٦٥ ٠

المبحث الثالث
الطبيعة المحافظة لبعض الشعوب

هناك بعض الشعوب ، مثل الشعب الرومانى والشعب الإنجليزى ، تميل بطبيعتها إلى السير على ما هو مألوف ، وتنفر بالتالى من التجديد والتغيير . وقد انعكست هذه الطبيعة المحافظة لتلك الشعوب على نظمها القانونية ، فنجدها تقدس شرائعها بالرغم من ظهور شدتها أو قصورها ، ولذلك فإن تأثير الإفتراض فى هذه الشرائع ، وبصفة خاصة فى القانون الرومانى القديم ، كان أوسع نطاقا من تأثير الوسائل الأخرى ، لأنه الأسلوب الوحيد الذى يلائم النفسية الفطرية ويتفق مع عقلية الإنسان فى بداية عهده بالمدنية ، ومع شعوره نحو ديانته وتقاليده (١) ٠

---

(١) دكتور / مصطفى سيد أحمد صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣٠٤ ٠

ويتصل بهذا السبب ويكمله ، أن المشرع الرومانى – وكذلك المشرع الإنجليزى – كان مقلاً إلى حد كبير فى إصدار التشريعات ، كما أنه لم يكن يتدخل لتعديل ما هو قائم منها إلا فيما ندر . مما اضطر القائمين على تفسير القانون وتطبيقه ، إلى تعديل النظم القانونية بالتحايل على النصوص دون المساس بها . انظر دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الإفتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ٣٠ ٠

المبحث الرابع
الطبيعة الخاصة لبعض القوانين

فبعض القوانين القديمة جاءت ضيقة النطـاق ، مقيـدة بـالإجراءات والرسميـات الشديدة ، فطرية في مبادئها . فالقانون الروماني مثلا لم يكن يطبق إلا على الرومان دون الأجانب ، وكان التصرف القانوني لا ينتج أثره إلا إذا روعيت بشأنه الإجراءات التي نص عليها القانون دون تعديل أو تحريـف ، وأيـة هفوة شـكلية تعرض المخطيء لفقـد حقه (١) ، وكان يعطي للدائن الحق في أن يقتل مدينه إذا لم يسدد دينه ، كما أجاز للمجني عليه في بعض الحالات أن يقتص من خصمه بيده ٠

وعندما تطورت المجتمعات ، وأخذت بأسباب المدنيـة ، أصبحـت مثـل هـذه القوانين عاجزة عن متابعة ذلك التطور ، مما دفع القائمين على تطبيقها وتفسيرها إلى التحايل على نصوصها ، لكي تلائم الحالة الاجتماعية الجديدة (٢) ٠

(١) انظر في تفصيلات ذلك الموضوع ، رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه : مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي ، جامعة القاهرة ١٩٩٦ ، ص ١١١ حتى ص ١٥٠ ٠

- **Duhaut (H.) : De la form, de ses caracterés *et de ses regles en droit romain, Thèse. Nancy 1882, P. 17.***
- ***Baudry - Lacantinerie (G.) et Barde (L.) : Traité theorique et pratique de droit civil, les obligatians, T. 3, Paris 1908, P. 279.***

(٢) دكتور / مصطفى سيد أحمد صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ص ٣٠٥ ٠

الباب الثانى
تطبيقات نظرية الافتراض القانونى
فى الشرائع المقارنة

بعد أن عرضنا فى الباب الأول لماهية فكرة الافتراض القانونى كنظرية عامة ، فسوف نقوم من خلال هذا الباب ببحث الجانب التطبيقى لنظرية الافتراض القانونى فى الشرائع المقارنة كمحاولة لبحث أثر نظرية الافتراض فى تطور هذه الشرائع .

وعلى هدى ما تقدم سنقوم فى ثلاثة فصول متتالية بدراسة اثر نظرية الافتراض فى تطور الشرائع القديمة ، والفقه الإسلامى ، والقانون المعاصر .

الفصل الأول

أثر نظرية الافتراض فى تطور الشرائع القديمة

كان الافتراض أول وسيلة إلتجأ إليها رجال القضاء والفقه لإصلاح النظم القانونيـة . وقد إستخدم على نطاق واسع ولعب دورا هاما فـى تـاريخ التطـور القـانونى عنـد أكـثر الأمم المتقدمة ، فأحدث فى شرائعها ونظمها أثرا واسع المدى (١) ٠

ويعد الافتراض وسيلة شائعة فى الشرائع القديمة ، استعان به الحكام والقضاه لمواجهـة قسوة النصوص ، وضيق نطاق استيعابها للحاجات المتطورة (٢) ٠

فلما كانت الأمم القديمة شديدة التمسك بتقاليدها ونصوصها وما تشتمل عليـه مـن نظم قانونية ، وتحترمها إحتراما يصل إلى درجة التقديس ، بالنظر إلى ما كانت تحتويه مـن عنصر دينى أو إلى ما كانت ترجع إليه من مصدر إلهى ، لذلك كان يصعب تغيـير النظم القائمة أو المبادىء المتبعة فى أمه من الأمم ، رغما عمـا قـد يظهـر مـن شـدة الحاجـة إلى اصلاحها ، ومن مواطن الغبن الواقع على فريق من أفرادها أو علـى طبقـه مـن طبقاتهـا ، فلم يجد الذين إختصوا بأمور القضاء وبتفسير القـانون بـدا مـن الاحتيـال علـى نصوصـه ونظمه ، ابتغاء تطبيقها – دون تغيير فى نصها – علـى حـالات لم تكـن تسـرى عليهـا . وتحميلها أحكاما جديدة لم يتسع لها منطوقها ومرماها ، حتى يوفقوا فى ذلك بـين كراهـة تغيير النصوص أو التقاليد وبين ضرورة تعديل نظمها ومبادئها (٣) ٠

وقد كان للافتراض دور مهم فى تطوير الشرائع القانونية القديمة ، فاستعملت بنطـاق واسع فى القانون الرومانى ، كما استعملت فى نطاق القانون الإنجليزى ، وعليه فسوف ندرس أثر الافتراض فى تطور القانونين سالفي الذكر ٠

---

(١) دكتور / مصطفى سيد أحمد صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣٠٥ ٠

(٢) دكتور / عباس العبودى : تاريخ القانون ، ص ٥٩ ٠

(٣) دكتور / على بدوى : أبحاث التاريخ العام للقانون ، ص ٤٦ ٠

المبحث الأول

أثر نظرية الافتراض فى تطور القانون الرومانى

يعد تأثير الافتراض – كوسيلة من وسائل تطور القانون – فى القانون الرومانى القديم أوسع نطاقا من تأثير الوسائل الأخرى ، كما أنه أوضح وأعمق منه فى أية شريعة أخرى (١) .

فقد إستعان الرومان أكثر من غيرهم بالافتراض فى تعديل قانونهم ، ويرجع ذلك إلى طبيعة الشعب الرومانى والقانون الرومانى .

فالشعب الرومانى من أكثر الشعوب محافظة على تقاليده مهما ظهر من شدتها أو قصورها . وروح المحافظة هذه هى التى دفعتهم إلى إيجاد الوسائل العديدة التى أمكنهم بها عمل الشيء الكثير من النظم القليلة التى بين أيديهم ، ومن هنا ظهرت عبقريتهم فى التحايل على النظم القانونية ، التى ظهرت وقت أن كانت روما على أبواب المدنية . لجعلها ملائمة للتطورات التى أصابها المجتمع فى العهود اللاحقة ، فكلما شعروا بضيق القواعد القانونية أو قصورها كلما حاولوا التخلص من شدتها أو تكملتها دون المجاهرة بإلغائها أو تعديلها (٢) .

يضاف إلى ذلك أن القانون الرومانى بدأ بمجموعة قليلة من القواعد والنظم القانونية العرفية ، التى ظهرت فى روما القديمة ، وعدد أقل من النصوص القانونية المكتوبة مثل قانون الألواح الإثنى عشر . وحينما تطور المجتمع الرومانى وأخذ بأسباب المدنية أصبح قانونه عاجزا عن متابعة ذلك التطور ، ومع ذلك لم يحاول المشرع الرومانى ، إلا نادرا ، التدخل لإصلاح القانون ، بل ترك ذلك العبء على عاتق الفقهاء والحكام القضائيين . وهؤلاء ليس من سلطتهم إنشاء القواعد القانونية بل تطبيقها وتفسيرها فقط ، ولكن أمام تكاسل المشرع اضطروا إلى تعديل النظم القانونية ، بما يتلائم مع تطور المجتمع . بالتحايل على النصوص القانونية دون التعرض للنصوص ذاتها (٣) .

---

(١) دكتور / على بدوى : أبحاث التاريخ العام للقانون ، ص ٤٨ .

(٢) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٢١ .

(٣) دكتور / صوفى أبو طالب : مبادىء تاريخ القانون ، ص ٢٩٨ .

ولم يقتصر الأمر على ذلك ، بل أن طبيعة القواعد القانونية الرومانية اضطرت الفقهاء والحكام القضائيين إلى التحايل على النصوص . ذلك أن القانون الرومانى قانون تسوده الشكليات والرسميات (١) ، لدرجة أن التصرفات القانونية والدعاوى .. إلخ . لاتنتج آثارها إلا إذا روعيت بكل دقة الإجراءات الشكلية التى يشترطها القانون ، وهو كذلك قانون ضيق وعتيق ، فالشخصية القانونية لم يكن معترفا بها إلا لفئة قليلة من السكان هم أرباب الأسر ، وهو فوق ذلك قانون قاسى ، فالمدين كان تحت رحمة الدائن . كل هذه الصفات لا تتلائم مع التطور الذى حدث فى المجتمع الرومانى ، لذلك لم يجد القائمون على تطبيق القانون وتفسيره بداً من التحايل على نصوصه (٢) ٠

وقد لعب الافتراض دورا هاما فى تطور القانون الرومانى ، فالبريتور الذى كان بيده ولاية القضاء ، ومن ثم كان يحس أكثر من غيره بضيق القواعد القانونية وقسوتها ، استعمل الافتراض فى أوسع نطاق . لذلك نجد الكثير من نظم وقواعد القانون الرومانى نشأت نتيجة لافتراضات البريتور ، وهو من أجل ذلك يسمى الافتراض البريتورى ، فلا غرابة إذا أن خلع الرومان – منذ أواخر العصر الجمهورى – على البريتور صفة " الصوت الحى للقانون الرومانى " ٠ ولم يكن استعمال الافتراض مقصورا على البريتور بل أن الفقهاء كثيراً ما استعملوه ، ويطلق على الافتراض الذى استعمله الفقهاء – وبصفة خاصة منذ العهد الذى أصبح فيه الفقه مصدرا رسميا من مصادر القانون (٣) – اسم الافتراضات الشرعية . بل إن المشرع نفسه كان يستعمل الافتراض فى تصوير أو تبرير بعض النظم القانونية حينما كان يصدر تشريعا من التشريعات ، وهذه الافتراضات تسمى هى الأخرى بالافتراضات الشرعية (٤) ٠

(١) انظر فى تفصيلات نظام الشكلية فى القانون الرومانى، رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه: مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقه الإسلامى، جامعة القاهرة ١٩٩٦، ص١١٣ وما بعدها.

(٢) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٢١ ٠

(٣) انظر فى تفصيلات ذلك الموضوع ، دكتور / عمر ممدوح مصطفى : الفقه عند الرومان ، بحث منشور بمجلة الحقوق ، السنة الثالثة ، مارس ١٩٤٨ ٠

(٤) دكتور / صوفى أبو طالب : مبادىء تاريخ القانون ، ص ٢٩٩ ٠

وإذا أردنا أن نحصر دور الافتراض فى تطوير نظم القانون الرومـانى ، فإننـا سـنجد أن هذه الوسيلة قد استعملت كأداة لاستحداث نظم قانونيـة جديـدة ، كمـا استعملت أيضا كوسيلة لتبرير بعض النظم القائمة ، وتخفيف حدة بعض النظم الأخرى أو الحد من أثارها المفرطة فى القسوة والشدة .

أولا : الافتراض كوسيلة لإستحداث نظم قانونية جديدة :

استحدث الرومان نظما قانونية جديدة عن طريق الافتراض ، ويمكننا أن نذكـر نماذج لهذه النظم المستحدثة .

١- الملكية البريتوريـة :

حدد القانون الرومانى القديم شروطا خاصة لاكتسـاب الملكيـة الرومانيـة ، ووسـائل خاصة لحمايتها . ولما كان القانون الرومانى يقسم الأموال إلى أموال نفيسه وأمـوال غـير نفيسه (١) ، فقد استلزم لانتقال الملكية إتباع اجراءات شكلية معينة تنحصر فى الاشهاد

---

(١) كان تقسيم الأموال فى القانون الرومانى إلى أموال نفيسه وأموال غير نفيسه ، تقسيما أساسيا للأموال الداخلة فى الذمة حتى أوائـل عصـر الإمبراطوريـة ، وهـو تقسـيم رومـانى محض ، فـالأموال النفيسـة هـى الأموال التى تنقل ملكيتها بالإشهاد ، وهو تشمل علىسبيل الحصر ، العقارات الإيطالية من أرض ومبان وحقوق الارتفاق الزراعية المقرره لصالحها ، والأرقاء ، ودواب الحمـل والجـر مـاعدا الإبـل والفيلـة لأنهـ كانت مجهولة فى العهد القديم من الرومان . أما الأموال غير النفيسة فهى ما عدا ذلك من الأموال ، وهـى لذلك لا تقع تـحت حصر ، وترجع الحكمة من هذه التفرقـة إلى أن رومـا كـانت بلـدا زراعيـا فـى عهدهـ الأول وأن الأموال النفيسة كانت هى العناصر الضرورية لزراعة الأراضى واستغلالها ، ولذلك كانت هى الجديرة بالاقتناء وباتخاذ الاحتياط عند نقل ملكيتها للغير بأن يتم النقـل بطريـق مـن الطـرق الرسميـة ، وقـد أزدادت أهمية الأموال غير النفيسة تدريجيا فيما بعد باتساع التجارة وإتجاه الثروة نحو القيم المنقولة ، ففقـد هذا التقسيم كثيرا من أهميته الاقتصادية ، على أنه احتفظ طويـلا بأهميتـه القانونيـة ولم يلـغ نهائيـا إلا فـى عصر جستنيان . وتظهر فائدة هذا التقسيم فى طرق نقل الملكية الاختياريـة ، فملكيـة الأمـوال النفيسـة لا تنتقل إلى الغير إلا بإحدى طريقتين رسميتين : الاشهاد أو الدعوى الصورية ، أما ملكية الأموال غير النفيسـة فيكفى لانتقالها الإتفاق على نقل الملكية مضافاً إليه عمـل غـير رسمى وهـو التسـليم ، لذلـك كـان للمـرأة البالغة حق التصرف فى أموالها غير النفيسة بمفردها ، ولكن لم يكن لها حق التصرف فى أموالهـا النفيسـة إلا بإجازة وصيها انظر دكتور / عمر ممدوح مصطفى الموجز فى القانون الرومـانى ، الجـزء الأول طبعـ ١٩٥٣ ، الناشر مطبعة دار نشر الثقافة بالإسكندرية . ص ٢٧٢ .

Monier Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1947, P. 350.

والدعوى الصورية بالنسبة للأموال النفيسة (١) ، بينما يكتفى بالتسليم فى نقل ملكية الأموال غير النفيسة (٢) .

---

(١) الإشهاد عملية رسمية لنقل الملكية الرومانية ، وهو من نظم القانون المدنى ، وكان مقصورا على المواطنين الرومان وحدهم ومن منحوا حق التعامل من لاتينيين وأجانب . وكان يتم بالسبيكة والميزان . والإشهاد كان يستلزم حضور الطرفين ، المتصرف والمتصرف إليه ، وإحضار الميزان وسبيكة من البرونز والمال المراد نقل ملكيته - أو ما يرمز إليها - كما كان يستلزم كذلك حضور حامل الميزان وخمسة من الشهود من المواطنين الرومان البالغين .

أما الدعوى الصورية فهى طريقة رسمية لنقل الملكية الرومانية بإتفاق الطرفين ، ترفع فى صورة دعوى إسترداد الملكية أمام الحاكم القضائى ، وهى أبسط فى إجراءاتها من الإشهاد . وهى تستلزم حضور الطرفين ، من يريد نقل الملكية ومن يريد إكتسابها ، أمام الحاكم القضائى ، كما يستلزم وجود الشيء المراد نقل ملكيته ذاته أو ما يرمز إليه إذا كان عقارا . وتبدأ إجراءاتها بأن يقرر من يريد إكتساب الملكية فى عبارة رسمية وهو قابض بيده على المال أوما يرمز إليه ، أنه مالك له طبقا لقانون الرومان ، فيسأل البريتور من يريد نقل الملكية عما إذا كان لديه إعتراض على ذلك ، فإذا سكت وسلم بادعاء الطرف الآخر ، صدق الحاكم على ذلك وأمر بأن يكون المال للمدعى (المكتسب)،وبذلك تنتقل إليه الملكية.انظر فى تفصيلات ذلك الموضوع ،دكتور / توفيق حسن فرج:القانون الرومانى،طبعة١٩٨٥،الدار الجامعية للطبع والنشر ببيروت ص٢٩٣: ٣٠١.

(٢) يعد التسليم طريقة غير رسمية لنقل الملكية ، بمعنى أنه ليس من نظم القانون المدنى القديم لمدينة روما ، وإنما قد أخذ من قانون الشعوب . ويتم التسليم بمناولة الشيء المراد نقل ملكيته يدأ بيد من الناقل إلى المكتسب ، ولذلك فهو طريقة سهلة لنقل الملكية لخلوه من الشكليات ، كما أنه لا يستلزم وجود الناقل والمكتسب فى نفس المكان وقت التسليم ، فيمكن أن يتم التسليم وبالتالى نقل الملكية بواسطة الغير الذى قد ينوب عن الناقل أو عن المكتسب . وفضلا عن ذلك فإن التسليم - على عكس الإشهاد والدعوى الصورية - قابل لأن يقترن بجميع الأوصاف كتعليق نقل الملكية على شرط معين أو إضافتها لأجل .ولا يكون التسليم صحيحا إلا إذا توافر له عنصران أحدهما مادى والآخر معنوى ، فإن تخلف أحد هذين العنصرين لم ينتج التسليم أثره وهو نقل الملكية . ويتمثل العنصر المادى فى فعل التسليم ذاته ، أى نقل وضع اليد من الناقل إلى المكتسب . أما العنصر المعنوى فيتمثل فى السبب الصحيح الذى يستند إليه فى نقل الملكية . انظر فى تفصيلات ذلك ، دكتور / محمد على الصافورى : القانون الرومانى ، ص ٤٩٢ : ٤٩٨ .

- *Geffard : Précis de droit romain, Paris 1938, P. 366.*

ولكن مع تطـور المجتمـع الرومـانى مـن مجتمـع زراعـى إلى مجتمـع تجـارى ، لا يحتمـل التعامل فيه تلك الإجراءات الشكلية ، فقـدت هـذه التفرقـة أهميتهـا ، بحيـث أصبحـت ملكية الأموال النفيسة تنتقل دون إتباع هذه الإجراءات ، شأنها فى ذلك شـأن الأمـوال غير النفيسه . ولكن طبقا لأحكام القانون الرومانى كانت ملكية تلك الأمـوال لا تنتقـل إلى المتملك ، لأنه لم يتبع فى إنتقالها الطرق التى حددها القانون . لذلك إذا فقـد واضـع اليد وضع يده علـى هـذه الأمـوال ، كـان لا يجد الحماية فى نصوص القـانون ، فهـو لا يستطيع استعمال دعوى استرداد الملكية لأنه فى نظر القانون غير مالك حيـث لم يتبع الإجراءات التى نص عليها القانون لتملك هذا النوع من الأموال . ومن ثم لم يكن أمامه إلا التمسك بالملكية على أساس التقادم إذا توافرت شروطه ، وهى حسن النية والسـبب الصحيح ومضى المدة (وكانت سنتان فى العقار وسنة فى المنقـول) (١) . فـإذا كـانت هذه الشروط قـد توافـرت ، عـدا شـرط مضـى المـدة فـإن البريتور قـد تدخـل لحماية المكتسب فى مثل هذه الحالـة ، فمنحـه دعـوى تسـمى بـالدعوى " البوبليسـيانية *actio publiciana* " (٢) ، وذلك لتمكينه من استرداد الشيء الـذى انتقـل إليـه بالتسـليم إذا فقد حيازته قبل مضى المدة اللازمة للتملـك بالتقـادم . وهـذه الدعـوى هـى فـى الواقـع دعوى عينيه مدنيه مبنية على افتراض مؤداه ، أن المدعى (وهو المتصرف إليه الذى فقـد حيازته على الشيء المتسلم إليه) قد أتم مده وضع اليد المكسبه للملكيـة ، وذلـك علـى الرغم من أن هـذه المدة لم تنقض فـى الحقيقـة والواقـع . وبذلك يصبح المتصرف إليـه (أى المكتسب) فى حكم من تملك المال بالتقادم ، وهو من الطرق المنصوص عليهـا فـى القانون المدنى القديم لاكتساب الملكية الرومانية (٣) .

(١) دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ٥٥ .

(٢) أطلق على هذه الدعوى هذا الاسم ، نسبة إلى البريتور " *Publicius* " الذى وضـع صيغتهـا لأول مرة فى منشوره الدائم . ولا يعرف حتى الآن تاريخ ظهور هذه الدعوى على وجه التحديد .

- *CF. R. Villers : Rome et le droit privé, Paris 1977, P. 294.*

(3) *"Un possesseur en train d'usncaper un bien jouira de l'action publicienne qui escompte en quelque sorte le délai d'usucapion, en le supposant d'avance ecoulé" Villers : Rome et le droit privé, Paris 1977, P. 155.*

- *CF. P. Durliac et J.De Malafosse : Histoire de droit privé, 1971, P. 352.*

وهكذا استطاع البريتور خلق نظام جديد من نظم الملكية ، سمى باسم الملكية البريتورية بجانب نظام الملكية القديم ، الملكية الرومانية (١) ٠

٢- النيابة فى التعاقد :

النيابة فى التعاقد هى حلول إرادة شخص ، يسمى النائب ، محل إرادة شخص آخر . يسمى الأصيل ، فى تكوين عمل قانونى وعلى الخصوص إبرام عقد ، مع انصراف الآثار القانونية لهذا التصرف إلى ذمة الأصيل ، كما لو كانت إرادة هذا الأخير هى التى ساهمت فى تكوينه (٢) ٠

والأصل فى القانون الرومانى عدم جواز النيابة ، فآثار التصرف القانونى تنشأ فى ذمة من اشترك فيه ولا تتعداه أبدا إلى من لم يكن طرفا فيه ، حتى ولو كان من اشترك فى التصرف يتعامل لحساب هذا الأخير . وعدم التسليم بمبدأ النيابة يرجع إلى مبدأ الشكلية الذى كان يسود القانون المدنى الرومانى ، وهذا المبدأ يقضى بأن آثار التصرف القانونى تنصرف إلى ذمة من باشر الإجراءات الشكلية التى يشترطها القانون لتمام التصرف القانونى . ومن جهة أخرى نظر الرومان إلى الالتزام (الحق الشخص) نظره شخصية

دكتور / مصطفى سيد أحمد صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣٠٩ ٠

" ويلاحظ أن الملكية البريتورية لا تدوم طويلا ، حيث أن المالك البريتورى يصبح مالكا مدنيا إذا استمرت حيازته للشيء مدة سنة أو سنتين حسبما إذا كان الشيء منقولا أم عقارا . إذ يترتب على استمرار الحيازة هذه المدة ، اكتساب المالك البريتورى ملكية الشيء عن طريق التقادم المدنى . ولما كان التقادم طريقة من طرق اكتساب الملكية فى القانون المدنى ، فإن الملكية التى تكتسب عن طريقه مدنيه . فالمالك البريتورى يظل مالكا بريتوريا إلى أن يستكمل المدة اللازمة لاكتساب المال بالتقادم ، وعندئذ ينقلب مالكا مدنيا . فهو إذن ليس فى حاجة إلى حماية البريتور إلا خلال هذه المدة ، أما بعد ذلك فهو ليس فى حاجة إليها لأن القانون المدنى يتكفل وقتئذ بحمايته " . دكتور / محمود سلام زناتى : نظم القانون الرومانى ، طبعة ١٩٦٦ ، الناشر دار النهضة العربية ، ص ٣٤٠ ٠

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٢٥ ٠

(٢) دكتور / محمود جمال الدين زكى : الوجيز فى النظرية العامة للإلتزامات ، ص ١٠١ ٠

بحته ، لأنهم اعتبروه رابطة بين شخصين ، مما ترتب عليه أن أصبح لطرفى الالتزام المقام الأول فى تلك الرابطة ، ونتيجة لذلك لا ينشأ الالتزام إلا بين الأشخاص الذين اشتركوا فى إنشائه (١) . وكانت هذه القاعدة تتمشى مع الظروف الاجتماعية والاقتصادية للشعب الرومانى القديم ، حيث كانت التصرفات القانونية تتطلب القيام بإجراءات شكلية والتلفظ بألفاظ ورموز معينة ، مما كان يستلزم حضور كل من المتعاقدين وانصراف آثار العقد إلى ذمة من باشر هذه الإجراءات ، وحيث كان الالتزام يتميز بأنه علاقة شخصية ، فلا يجوز أن يوجد إلا بين الأشخاص الذين عملوا على إنشائه (٢) . وعدم التسليم بمبدأ النيابة لم يثر صعوبة بالنسبة للرومان فى بادىء الأمر ، لأن روما كانت مجتمعا زراعيا محدود العدد من حيث السكان وقليل المعاملات . وحينما تحول المجتمع الرومانى إلى مجتمع تجارى ، تعددت فيه المعاملات ، بدأ الرومان يشعرون بالحرج الذى يسببه لهم هذا المبدأ ، فالظروف الاقتصادية والاجتماعية قد تضطر الشخص إلى أن يعهد إلى غيره بإجراء تصرف قانونى لحسابه ، والقواعد التى تحكم الأهلية تمنع عديمى الأهلية أو ناقصيها من مباشرة التصرفات القانونية كلها أو بعضها . مما يقتضى تعيين شخص آخر ينوب عنهم فى مباشرتها . ففى كل تلك الحالات كان النائب يجرى التصرف القانونى باسمه هو شخصيا ولكن لحساب الأصيل ، أما آثار هذا التصرف – تطبيقا لمبدأ عدم جواز النيابة – فكانت تنصرف إلى ذمة النائب ثم يقوم بعد ذلك بنقل هذه الآثار ، سواء كانت حقوقا أم واجبات ، إلى ذمة الأصيل . ولا شك أن هذه الطريقة كانت تعرض الأصيل لخطر إعسار النائب (٣) . ولهذا فقد تدخل البريتور وقرر جواز النيابة فى بعض الأحوال ، خروجا على المبدأ العام الذى يقضى بعدم

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، طبعة ١٩٦٥ ، الناشر دار النهضة العربية ، ص ٣١٠ .

(٢) دكتور / محمد عبد المنعم بدر ، دكتور / عبد المنعم البدراوى : مبادىء القانون الرومانى " تاريخه ونظمه " ، طبعة ١٩٥٤ ، مطابع دار الكتاب العربى بمصر ، ص ٥٦١ .

(٣) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٣١٠ .

جوازها ، وقد استخدم البريتور لذلك بعض القواعد القانونية المطبقة وتحايل عليها وضمها إلى بعضها حتى توصل إلى تقرير النيابة ٠

فقد تدخل البريتور فى بادىء الأمر بوسائل من شأنها إلزام رب الأسرة بالعقود التى يعقدها تابعوه (الأبناء أو العبيد) لحسابه ، طالما أنه قد أظهر إرادته صراحة أو ضمنا فى تحمل نتائج التصرفات التى أجروها . وبذلك هدم البريتور صرح القاعدة القديمة التى تقضى بأن الابن أو العبد ليس سوى أداة فى يد رب الأسرة يستطيع بواسطتها أن يكتسب الحقوق دون أن يتحمل بسببها بالواجبات (١) . والحكمة من تدخل البريتور فى هذه الحالة واضحة ، ذلك أن الغير كانوا يحجمون عن التعاقد مع التابعين لرب الأسرة (الأبناء والعبيد) ، لأن معظم العقود الدائرة فى التعامل هى عقود ملزمة للطرفين ، أى تجعل الشخص دائنا مدينا فى نفس الوقت ، ولا يقبل الغير أن يصبح رب الأسرة دائنا دون أن يلتزم بأثار العقد من جهة أخرى (٢) ٠

---

(١) دكتور / مصطفى سيد أحمد صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣١١ ٠

(٢) دكتور / محمد عبد المنعم بدر ، دكتور / عبد المنعم البدراوى : مبادىء القانون الرومانى ، ص ٥٦٣ ٠

" كان لدى الرومان قاعدة قديمة تقضى بأن الشخص الجامع لسلطة غيره يعتبر أداة فى يد صاحب السلطة عليه ، فيستطيع اكتساب الحقوق عن طريقة ، ولكن نفس القاعدة لا تبيح أن يصبح مدينا عن طريقة (جايوس ، النظم : ٢ ، ٨٦ ، ٨٧) ٠وبذلك كان رب الأسرة يستطيع اكتساب الحقوق دون أن يلتزم بالالتزامات عن ابنه أو رقيقه . ولكن الغالبية من التصرفات القانونية تجعل الشخص دائنا ومدينا فى نفس الوقت ، مثل عقد البيع . لذلك اضطر البريتور – أمام تلك الظروف – إلى التدخل لجعل آثار التصرف الذى عقده التابع تنصرف مباشرة إلى ذمة رب الأسرة ، وأنشأ لذلك سلسلة من الدعاوى تهدف إلى إلزام رب الأسرة الذى أظهر إرادته صراحة أو ضمنا ، فى تحمل نتائج التصرفات القانونية التى أجراها تابعوه فى مواجهة الغير (موسوعة : ١٥ ، ٤ ، ١ ، ٩ وموسوعة : ١٤ ، ١ ، ١ ، ٩ ، موسوعة ١٤ ، ٣ ، ٥ ، ١٠ ونظم جايوس : ٤ ، ٧٤) . ونفس هذه الدعاوى استخدمت فيما بعد إذا لم يكن النائب تابعا لرب الأسرة بل أجنبيا عنه . انظر دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٢٥ هامش رقم (١) ٠

أما عن الوسائل التى استعملها البريتور لتحقيق هذا الغـرض ، فتتمثـل فـى طائفـة مـن الدعاوى التي أوجدها بنفسه ، وتسمى *actio adjecticiae qualitatis* ، أى " دعـاوى الصفة المضافة " ، والتى تمكن الغير من الرجوع علـى رب الأسـرة ، علـى أسـاس العقـد الذى باشره الابن أو العبد (١) . ودور الافتراض فى هذه الدعاوى يتمثل فى أنها كانت تؤسـس علـى افـتراض مـؤداه ، أن العبـد يتمتـع بالحريـة أو أن الابـن يتمتـع بالأهليـة القانونية ، ومن ثم فـإن عريضـة الدعـوى كـانت تحـرر باسمـه ، ثـم يطلـب البريتور مـن القاضى إصدار الحكم – إذا ثبتت صحة ادّعاء المدعى – ضد رب الأسـرة ، وذلـك بافتراض أنه هو الذى أجرى التصرف بنفسه (٢) .

وفى وقت لاحق ، ولكنه غير معروف على وجه التحديد ، توسع البريتور فى الأخـذ بفكرة النيابة ، فأجازها فى بعض الحالات التى يكون فيها النائب شخصا مستقلا بحقوقـه أو تابعا لشخص آخر غير الأصيل ، وذلك بالقياس على نيابـة التـابعين لغـيرهم عـن رب الأسرة . فمنـح دعـوى التجـارة البريـة *actio institaria* ، ودعـوى التجـارة البحريـة *actio exercitoria* ، ضد الموكل الذى يكون نائبه شخصا مـن الغـير وليـس مـن المولى عليهم أو من التابعين ، وبذلك توصل البريتور إلى تقريـر مبـدأ النيابـة الكاملـة فـى مجـال المعاملات التجارية . أما بالنسبة للمعاملات المدنية ، أى الخاصة بأعمال غير تجارية ، فقد منح البريتور للغير دعوى على غرار دعوى التجارة البرية *quasi institoria* (٣) ، ومـع ذلك فقد اسـتمرت النيابـة فـى مثـل هـذه الأعمـال نيابـة ناقصـة ، لأن للغـير فيهـا حـق الرجوع على النائب أو على الأصيل بحسب اختياره (٤) .

---

(1) Villers : Rom et le droit privé, Paris 1977, P. 155 - 156.

(2) "L'intentio de ces actions devait être rédigée avec une fiction de liberté au nom de l'esclave et la condamnation au nom du maitre " Villers : Rome et la droit privé, Paris 1977, P. 197.

(٣) تقررت هذه الدعوى بفضل الفقيه " بابنيان *Papinien* " فى القرن الثالث الميلادى .

(4) Villers : Rome et la droit privé, Paris 1977, P. 399.

دكتور / مصطفى سيد أحـمد صقـر : فلسفة وتـاريخ النظـم القانونيـة والاجتماعيـة ، ص ٣١١ وما بعدها .

٣- انتقال الإلتزام " حوالة الدين وحوالة الحق " :

كان المبدأ المقرر فى القانون الرومانى ، هو أن الالتزام الناشىء بين شخصين يجب أن يستمر قائما بينهما بذاتهمـا حتى انقضائه . وبناء على ذلك لا يصح انتقـال الالـتزام . لا سلبا ولا إيجابا . ولكن تحت ضغط الضـرورات العمليـة أبـاحوا انتقـال الالـتزام سـلبا وإيجابا بسبب الوفاة ، ولكنهم لم يسلموا بذلك بالنسبة للأحياء (١) ٠

بيد أن هذا المبدأ الذى لا يبيح انتقال الالتزام بـين الأحيـاء ، اصطـدم بعقبـات عمليـة متعدده ، فالتطور الاقتصادي يقتضى فى كثير من الحالات إجازة انتقال الالـتزام ، وهنـا ظهرت عبقرية الرومان فى استعمال القواعد القانونية الموجودة بـين أيديهـم وجمعهـا مـع بعضها والتحايل عليها باستعمالها فى غير الغرض الذى وجدت مـن أجلـه بقصـد إنشـاء نظام حوالة الحق وحوالة الدين (٢) ٠

فاستخدموا بالنسبة لحوالة الدين عدة وسائل أهمها : تجديد الديـن عـن طريـق تغيـير الدائن . وقد استعملوا للوصول إلى ذلك الغرض عقد الاشتراط الشـفهى ، الـذى كـان بمثابة قالب عام يمكن عن طريقه إنشاء سـائر أنواع الألتزامـات ، فكـان الدائـن الجديـد يشترط فى هذا العقد ، برضاء الدائن القديم ، على المدين أن يفى بـالدين بـين يديـه هـو دون الدائن القديم ، ولكن يعيب هذه الطريقة اشـتراط الحصـول علـى موافقـة المديـن . ويعيبها كذلك أنها لا تؤدى إلى انتقال الحق القديم بصفاته وتأميناته لأن التجديد يـؤدى إلى انقضاء الدين القديم وحلول دين جديد محله ، ولذلك اضطـر الرومـان إلى اسـتعمال وسيلة أخرى منذ القرن الثانى قبل الميلاد (٣) ٠

ونتيجة للصعوبات السابقة لجأ الرومان إلى استخدام وسيلة الوكالة فـى قبـض الديـن المصحوبة بهبتـه . فكان الدائن القديم (المحيل) يوكل الدائن الجديد (المحال) فى قبض

---

(١) انظر فى تفصيلات ذلك الموضوع :

- *Geffard : Précis de droit romain, Paris 1933, T. 11, P. 297.*
- *Monier : Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1947, T. 11, P. 261.*
- *Huveline : Cours élémentaire de droit romain, Paris 1927, T. 11, P. 133.*

(٢) دكتور / صوفى أبو طالب : مبادىء القانون الرومانى ، ص ٣٠٥ ٠

(٣) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٢٦ ٠

الدين ، ويهبه إليه فى نفس الوقت . ولكن هذه الطريقة وإن كانت أفضـل مـن سـابقتها إلا أنها لم تخل من العيوب ، فهى لا تحرم المدين من الوفاء للدائن القديم ولا تحرم الدائـن القديم من حقه فى مطالبة المدين بالوفاء له هو (١) .

ولقد توصل الفقهاء منذ أواخر العصر العلمي إلى إيجاد وسيلة ثالثة تـؤدى إلى حوالـة الحق ، وهو نظام الإتفاق العادى الذى تحميه دعوى مفيدة فقد كان الدائن القديم يحول حقه قبل المدين إلى شخص آخر هو المحال (الدائن الجديـد) ، ولا يشـترط هنـا حصـول الدائن الجديد على موافقة المدين على الحوالة ، بل يكفى إعلانه بهـا . وتتـم الحوالـة فـى اتفاق عادى دون حاجة إلى أى إجراء شكلي . وبمقتضـى ذلـك الاتفـاق ينتقـل الحـق إلى الدائن الجديد الذى منح لحماية حقه دعـوى مفيـدة ضـد المديـن . ولكـن ذلـك لا يحـرم الدائن القديم من دعواه التى كانت له قبل المدين ، لذلك كان يستطيع اسـتعمالها ضـدد متجاهلا حق الدائن الجديد (المحال) ، ولكن البريتور حمى الدائن الجديد بأن منح المدين دفعا بالغش ضد الدائن القديم إذا أراد استعمال دعواه (٢) .

وقد استعمل الرومان وسائل قريبة الشبه من ذلك فيما يتعلق بحوالة الدين .

٤- التوسع فى استعمال الاشهاد :

كان الاشهاد فى بادىء الأمر عبارة عن وسيلة لتملك مال نفيس مملـوك للغير مقـابل دفع الثمن ، أى كان بيعا حقيقيـا ، وقـد ورد النـص علـى الاشـهاد فـى قـانون الألـواح الإثنى عشر (٣) . ولكن فيما بعد تغيرت حقيقة الاشهاد ، فلم يعد إلا بيعـا صوريـا منـذ القرن الثالث قبل الميلاد ، حيث أصبح دفع الثمن فيه صوريا . وبهذا لم يعد للاشـهاد إلا إجراءاته الشكلية الأولى مـع تغيير فـى وظيفته واتساع غرضه (٤) ، فقـد أصبـح يقوم

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : مبادىء تاريخ القانون ، ص ٣٠٥ .

(٢) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٢٧ .

كلمة الإشهاد " *mancipátio* " مكونة من شـقين : " *manus* " ومعناهـا " اليـد " ، و " *capio* " ومعناها " الأخذ " . أى القبض باليد .

(٣) دكتور / صوفى أبو طالب : مبادىء تاريخ القانون ، ص ٣٠٦ .

(٤) دكتور / توفيق حسن فرج : القانون الروماني ، ص ٢٩٥ .

بوظيفة نقل ملكية الأموال النفيسه أيا كان سبب انتقالها ، وبذلك تحول الإشهاد إلى عمل مجرد عن سببه (١) ، فقد أصبح الإشهاد ابتداء من العصر العلمى عملا قانونيا مجردا ، أى أنه أصبح صحيحا بصرف النظر عن الغرض الواقعى أو السبب المقصود . أى بصرف النظر عن السبب القانونى الذى تم الإشهاد تحقيقا له ، طالما توافرت فى الطرفين الأهلية وتوافرت الإجراءات الشكلية والرسمية التى كان القانون يتطلبها (٢) . ومن ثم استخدم الرومان الإشهاد فى أغراض عديده غير الأغراض التى أنشىء من أجلها ، فاستخدم لنقل ملكية المال بدون مقابل ، كالهبة ، أو لتنفيذ وصية ، أو لتقرير ضمان عينى كالرهن الحيازى ، أو لإنشاء عقود جديدة كالوديعة والعارية .. الخ (٣) . ولم يقتصر الأمر على ذلك ، بل أمكن عن طريق تغيير عبارات الإشهاد ، استعماله فى نقل السلطة التى يعترف بها القانون لشخص على آخر ، إلى شخص ثالث . لذلك استخدم لتحقيق الزواج بالسيادة واستخدم فى التبنى وفى تحرير الابن من السلطة الأبوية .. الخ . وهكذا استطاع الفقهاء الرومان – ومن قبلهم الكهنة – استخدام

---

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٢٧ .

(٢) دكتور / توفيق حسن فرج : القانون الرومانى ، ص ٢٩٥ .

(٣) فالوصية كان يشترط لصحتها فى الأصل صدور قرار تشريعى من مجلس الشعب ، بعد موافقة رجال الدين ، نظرا لما تنطوى عليه من مساس بأموال الأسرة وبعباداتها المنزلية . ولم يكن من السهل الحصول على موافقة مجلس الشعب ورجال الدين ، فلجأ الرومان إلى التحايل على هذه الإجراءات ، وذلك بأن ينقل الموصى ملكية المال الموصى به إلى مشتر صورى بطريق الإشهاد ، ويتعهد المشترى الصورى بتسليم المال الموصى به إلى الموصى إليه بعد وفاة الموصى . وقد نشأت الهبة كذلك باستخدام عقد البيع بالإشهاد بطريقة صورية وإتمام الهبة فى صورة بيع بغير ثمن . كما نشأت الوديعة وعارية الاستعمال والرهن الحيازى عن طريق البيع بالإشهاد وبصفة صورية أيضا . على أن ينقل المودع لديه أو المستعير أو الدائن المرتهن الملكية ثانية إلى صاحبها بعد انتهاء الوديعة أو العارية أو عند سداد الدين وكان متلقى هذه الأشياء يعد بإعادتها ، وعلى أساس هذا الوعد ينشأ الإلتزام بالرد .

انظر دكتور / مصطفى سيد أحمد صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣١٤ .

الأشهاد لإنشاء عقود ونظم قانونية جديدة (١) ٠

٥- التوسع فى استعمال الدعوى الصورية :

الدعوى الصورية طريقة رسمية لنقل الملكية الرومانية باتفاق الطرفين المتعاقدين ، وقـد نص عليها – كالإشهـاد – فـي قانون الألواح الإثنى عشر (٢) ٠والرأى السائد لدى

---

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : مبادىء تاريخ القانون ، ص ٣٠٦ ٠
دكتور / على محمد جعفر : تاريخ القوانين ، ص ١٤٢ ٠

(٢) استخدمت الدعوى الصورية كطريقة لنقـل الملكيـة ، ترفـع فى صـورة دعـوى اسـترداد الملكيـة . وتجرى أمام الحاكم القضائى " أى البريتور المدنى " فى روما . وهى تستلزم حضور كل من الناقل والمكتسب ، ووجود الشيء المراد نقل ملكيته فى مجلس القضاء إن كان منقولا أو ما يرمز إليه بـه إن كان عقارا . وتتم إجراءاتها بأن يقرر المكتسب فى عبارة رسمية ، وهـو قـابض بيـده علـى المـال المراد نقل ملكيته إليه ، أنه مالك له طبقا لقانون الرومان . وعندئذ يسأل الحـاكم النـاقل – وهـو المدعى عليه فى الدعوى – عما إذا كان لديه وجه للاعتراض . فإذا سكت أو سلم بذلك ، أعلـن الحاكم تصديقه على هذا الإقرار وأمر بالحاق المال بملك المكتسب ، فيترتب بذلـك الأثـر المقصـود وهو نقل الملكية ٠

ويترتب على الدعوى الصورية نقل الملكية الرومانية على الأموال النفيسـة والأمـوال غـير النفيسـة على السواء ، ولكن لا يترتب عليها الضمانان المترتبان على الإشهاد ، فهى لا تضمن الاسـتحقاق فى حالة نقل ملك الغير ولا عجز المساحة إذا ظهر نقص فى قدر المبيـع . والدعـوى الصوريـة مـن النظم القاصرة على جماعة الرومان ، غير أنه يلاحظ أن الشخص التابع لغيره لا يسـتطيع اسـتعمالها فى حين يسـتطيع أن يكتسـب لصـالح رب الأسـرة عـن طريـق الإشـهاد ، كمـا أن المـرأة المسـتقلة بحقوقها لا تستطيع التصرف فـى أموالهـا غـير النفيسـة عـن طريـق الدعـوى الصوريـة إلا بإجـازة وصيها . هذا ولم تكن الدعوى الصوريـة شـائعة الاسـتعمال ، لأن الأفـراد كـانوا يفضلـون عليهـا الإشهاد لنقل ملكية الأموال النفيسة نظرا لما كان يترتب عليه من ضمانات ، والتسليم لنقل ملكية الأموال غير النفيسة لخلوه من الرسميات ، على أنها كـانت تسـتعمل مـع ذلـك لاكتسـاب حقـوق الارتفاق عن طريق احتفاظ الناقل لنفسه بحق إرتفاق على المال الذى ينقله . ولهذه الأسباب زالـت الدعوى الصورية من الحياة العملية قبل الإشهاد ، إذ لا نجد لها أثر منذ عهد دقلديانوس فـى بدايـة العصر البيزنطي ٠

انظر دكتور / عمر ممدوح مصطفى : الموجز فى القانون الرومانى ، الجزء الأول ، ص ٣٤٠ ٠

الشراح المحدثين أن الدعوى الصورية هي تصوير لمنازعة لا منازعة جدية (١) . فهى إجراء الغرض منه تصوير أمر من الأمور ، باتفاق الطرفين ، في صورة نزاع خلافا للواقع ، وطرحه أمام البريتور ليحكم لصالح أحدهما . وهذا التحايل يقع تحت سمع وبصر السلطة القضائية التى لا تملك سوى الإذعان له وعدم مناقشته (٢) . وقد استعملت الدعوى الصورية كوسيلة لنقل الملكية ولتحقيق التبنى ولعتق الرقيق (٣) .

ثانيا : الافتراض كوسيلة لتخفيف آثار بعض النظم القانونية :

كان من نتيجة التطورات التى طرأت على المجتمع الرومانى أن أصبحت بعد النظم

---

(١) يذهب رأى فى الفقه إلى ليست إجراءا صوريا ، وأنها بعيدة عن أن تكون دعوى أو تصوير لدعوى ، لأن أحد الخصمين وهوالناقل لا يدافع عن حقه حتى ولو فى الظاهر ، وإنما هى إجراء حقيقى يتم بتنازل الناقل عن الملكية للمكتسب وتصديق الحاكم على هذا التنازل بماله من سلطة ولائية أو إدارية لا بماله من سلطة قضائية . انظر فى تفصيلات ذلك الإتجاه :

- *Monier : Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1947, T. I, P. 406.*
- *Geffard : Peécis de droit romain, Paris 1938, T. I, P. 365.*

(٢) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٢٧ .

(٣) ففى دعوى الحرية الصورية ، كان وكيل العبد يدعى فى الدعوى بأنه حر ، ويلتزم السيد الصمت ولا يعمل ما من شانه مناقضة المدعى ومعارضته ، فيعتبر سكوته بمثابة إقرار أمام القاضى ، ويصدر القاضى حكمه بصحة ادعاء المدعى ، وبذلك يترتب الأثر المقصود من الدعوى وهو العتق ، أى منح الحرية للعبد . أما التبنى عن طريق الدعوى الصورية ، فكانت تتكون إجراءاته من عمليتين : الأولى كانت تتم بأن يبيع الأب ابنه ثلاث مرات(وإن كان حفيدا أو بنتا فيكفى بيعه مرة واحدة). إلى مشترى صورى ، يعتقه فى المرتين الأولى والثانية ، فيعود إلى سلطة والده ، ويحافظ عليه عند شرائه للمرة الثالثة (لأنه إذا أعتقه أصبح حرا طبقا لقانون الألواح) ، ثم تبدأ عند ذلك العملية الثانية ، بأن يدعى المتبنى أمام الحاكم القضائى على المشترى الصورى أن الولد ابنه ، فيعترف المدعى عليه بذلك ، ويصادق القاضى على هذا الاعتراف ، فيدخل الولد فى سلطة المتبنى . ومن الواضح أن كل هذه الإجراءات تقوم على أساس الافتراض القانونى . وقد ألغيت هذه الإجراءات فى عهد الإمبراطور جستنيان ، وأصبح التبنى يتم عن طريق إقرار من الوالدين،الأصلى والمتبنى، أمام القاضى . انظر دكتور / مصطفىسيد أحمد صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص٣١٥ .

القانونية غير ملائمة لحالة المجتمع ، وبالتالى كان يجب إلغاؤها أو تعديلها ، ولكن لما كـان الشعب الرومانى من أكثر الشعوب محافظة علـى تقـاليده ، فقـد لجـأ إلى الافـتراض بغيـة تخفيف آثار هذه النظمّ والحد من شدتها أو قصورها ، وجعلها بالتالى ملائمـة للتطـورات التى أصابت المجتمع (١) . ومن أمثلة هذه النظم :

١- تطبيق القانون الرومانى على الأجانب :

القاعدة العامة فى القانون الرومانى أنه قانون خـاص بالرومـان وحدهم ، ومـن ثـم لا يطبق على الأجانب ، والقانون الأجنبى لا قيمة له فـى نظـر الرومـان إلا فـى حـالات استثنائية بحته . ولذلك كـان الأجانـب لا يتمتعون بأيـة حماية قانونية فى رومـا ، فهـم لا يستطيعون الاستفادة من القانون الرومانى ولا من قانونهم الوطنى (٢) . وقد نتج عـن ذلك أن كان الأجنبى فى روما – مثلـه فـى ذلـك مثـل الرقيـق – لا يتمتـع بأيـة حمايـة قانونية ، بل يعتبر مالاً مباحا يحق لأى وطنـي أن يسـتولى عليـه (٣) . فضـلا عـن ذلـك . فليس له حق الزواج أو حق التعامل مع الرومان طبقـا لأحكـام القـانون الرومـانى ، لأن هذا القانون كان يعتبر امتيازا يتمتع به الوطنيون الرومانيون دون سواهم (٤) .

هذا الوضع كان يتلائم مع حالة المجتمع الرومـانى القديـم ، الـذى كـان يعيـش علـى مبدأ الاكتفاء الذاتى ، ومن ثم كانت معاملاته نادرة مع الشعوب الأجنبيـة .ولكـن بعـد تطور المجتمع الرومانى واتصاله بغيره من الشـعوب ، أصبـح مـن الضـرورى إيجـاد حمايـة قانونية للأجانب الذين يتعاملون مـع الرومـان أو يقيمـون بينهـم (٥) . ومـن هنـا تدخـل الحاكم القضائى " بريتور المدينة " بموجب خلق وسيلة جديدة لحماية حقوق الأجانب من خلال سلطته القضائية ، فما كان منه إلا أن تحايل على القواعـد المعمول بها وافترض أن

(١) دكتور / مصطفى سيد أحمد صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣١٥ .

(٢) دكتور / صوفى أبو طالب : مبادىء تاريخ القانون ، ص ٣٠٠ .

(3) Ellul : Histoire des intitutions, 1961, P. 217.

(٤) دكتور مصطفى سيد أحمد صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣١٦ .

(٥) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٢٣ .

الأجنبى بمثابة رومانى – خلافا للواقع – ابتغاء تطبيق القانون الرومانى عليه (١) . فكـان يفترض فى البرنامج الكتابى الذى يحيل به الدعوى إلى المحكـم للفصـل فيهـا . أن المدعـى الأجنبى رومانى الجنسيـة ، وبذلك يمكنه المطالبـة بحقـه فـى نـزاع مدنـى أو فـى دعـوى جنائية (٢) .

٢- الموت المدنـىّ :

القاعدة العامة فى القانون الرومانى أن الإنسان لا يكتسب الشخصية القانونيـة إلا إذا توافرت له عناصرها الثلاثة : أن يكون حرا ، وأن يكـون رومانيـا ، وأن يكـون مسـتقلا بحقوقه . فإذا فقد عنصرا من هـذه العنـاصر الثلاثـة ، فقـد شـخصيته القانونيـة كلهـا أو بعضها ، وفقدان الشخصية هذا يعبر عنه بالموت المدنى (٣) . ويترتب على الموت المدنى

---

(١) دكتور / محمود السقا : أضواء على تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، طبعة ١٩٩١، الناشر دار النهضة العربية ، ص ١٤٢ .

(٢) دكتور / مصطفى سيد أحمد صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣١٦ .
ومن أمثلة ذلك حالة ما إذا ارتكب الأجنبى جريمة سرقة أو إذا كان هو المجنى عليه فى جريمة سرقة وكان السارق ورمانياً ، تطبق عليه نصوص القانون الرومـانى باسـتعمال الافـتراض الآتـى : يدمـج البريتور فى البرنامج الكتابى الذى يحيل به الدعوى إلى القاضى صيغـة مضمونهـا أن هـذا الأجنبى يعتبر رومانيا ، وبذلك يستطيع الأجنبى رفـع دعــوى جريمة السرقة مثلا أو يمكن توجيهها ضـده (نظم جايوس : ٤ ، ٣٨) ، فالبريتور اعتمد علـى واقعــه كاذبـة اعتبرهـا صحيحـة حتـى يمكـن تطبيق القانون الرومانى – فى بعـض الحالات – على الأجنبى . هذه الواقعة رغـم اشـتهار كذبهـا لا يستطيع القاضى ولا غيره مناقشتها . انظر دكتور / صوفى أبو طالب : مبادىء تاريخ القانون ، هامش رقم (١) ص ٣٠٠ .

(٣) الموت المدنى نظام رومانى بحت لا يوجـد لـــه مثيـل فـــى القوانـين القديمـة ، وهـو نتيجـة حتميـة للفكرة الأساسية التى قامت عليها الشخصيـة فى القانون الرومانى ، فهى لا توجد لـدى الإنسـان إلا باجتماع عناصرها الثلاثة ، أى الحرية والوطنية والصفة العائلية ، فإذا فقد الشخص عنصرا مـن عناصرها انعدمت تبعا لذلـك شـخصيته ، لأن الشـخصية لا تتـم إلا باجتمـاع عناصرهـا الثلاثـة . وبالرغم من ذلك قد يكتسب الفرد شخصية جديدة ، إذ قد يبعث الشـخص بعـد المـوت المدنـى ، إما طبقا للقانون الطبيعى إذا فقد حريته ، وإما طبقا لقانون الشعوب إذا فقد رعويته الرومانيـة ، =

انتقال الحقوق إلى من كان سببا فيـه ، وسـقوط الالتزامـات التعاقديـة بـزوال الشـخصية القانونية (١) .

هذه النتيجة لم تكن تسبب الضيق للرومان فى العهود القديمة ، نظرا لوجود ضمانات عديدة وإجراءات خاصة كانت تصاحب التبنى أو الزواج ، ومن ثم كـان فـى اسـتطاعة الدائنين التظلم من عمل المدين . ولكن مع الزمن زالت تلك الإجـراءات والضمانـات . وفى ذلك الوقت تغير الأساس الذى تقوم عليه الأسرة فأصبحت تقوم على القرابـة بـدلا من قيامها على السلطة الأبوية . حينئذ بدأ الرومان بشعـرون بالنتائج الظالمة التى تترتب على تطبيق آثار الموت المدنى . فتحايلوا عليها بافـتراض أن من مـات موتا مدنيا مازال

= وإما طبقا للقانون المدنى نفسه إذا تغيرت صفته العائلية . ولكن بالرغم مـن هـذا التغيـير الـذى قـد يطرأ على حالته ، تعتبر الشـخصية الأولى قـد مـاتت وانعدمـت نهائيـا ، وللمـوت المدنـى حـالات ثلاث: حالة فقد الحرية ، وحاله فقد الصفـة الوطنيـة ، وحالـة تغير الصفـة العائليـة . ويميـز فقهـاء الرومان من حيث خطورته بين درجات ثلاث بحسـب مـا إذا كـان العنصـر المفقـود هـو الحريـة أو الوطنية أو الصفة العائلية ، فيعتبر الموت المدنى من الدرجة القصوى فى حالـة فقـد الحريـة ، وفى الدرجة الوسطى فى حالة فقد الوطنية ، وفى الدرجة الدنيا فى حالـة تغيـير الصفـة العائليـة . انظـر دكتور / عمر ممدوح مصطفى : الموجز فى القانون الرومانى ، ص ٢٢٦ .

- *Girard : Manuel élémenyaire de droit romain, Paris 1929, P. 209.*

(١) فمثلا إذا حدث أن شخصا مستقلا بحقوقـه خضـع لسـلطة غـيره عـن طريـق التبنـى ، أو أن امـرأة مستقلة بحقوقها خضعت لسـلطة زوجهـا عـن طريـق الـزواج بالسيادة . ففـى كـلا الحـالتين يفقـد الشخص شخصيته القانونية ، ويترتب على ذلك أن حقوق المتبنى وحقوق الزوجة تنتقل إلى المتبنى أو إلى الزوج ، ولكن الالتزامات التعاقدية لا تنتقل إليهما تطبيقا للقاعدة العامة التى تقضـى بـأن الخاضعين لسلطة غيرهم يفيدون صاحـب السلطـة عليهـم دون أن يضـروه . وفى نفس الوقـت لا يستطيع الدائن مطالبة المتبنى ولا الزوجة بما كان عليهما من التزامات تعاقدية نشأت قبل التبنـى أو الزواج لأنهما اصبحا لا يتمتعان بالشخصية القانونية .

دكتور / صوفى أبو طالب : مبادىء تاريخ القانون ، ص ٣٠١ .

وانظر فـى تفصيـلات آثار المـوت المدنى : دكتـور / توفيـق حسـن فـرج ،القـانون الرومـانى ، ص ٢١٠ وما بعدها .

Gaston May : Elements de droit romain, Paris 1907, P. 183.

متمتعا بالشخصية القانونية (١) ٠

٣- إساءة استعمال الحق :

كان القانون الروماني يحيط الملكية بضمانات كثيرة ، ومن بينها حماية المالك من الأضرار التي تصيبه من جاره ، وظهرت أهم تلك الضمانات وهي الاشتراطات البريتورية في القانون البريتوري. فإذا رفض الجار التعهد – عن طريق اشتراط بريتوري – بتعويض جاره عما قد يصيبه من ضرر افترض البريتور أن التعهد قد تم بالفعل (٢) ٠

٤- تعديل قواعد الميراث :

كان القانون الروماني القديم لا يقضي بالميراث للابن أو للزوجة إلا إذا كان الابن خاضعا لسلطة أبية والزوجة خاضعة لسيادة زوجها عند وفاته – ومعنى ذلك أن الإبن

---

(١) تدخل البريتور واستعمل الافتراض لمعالجة تلك الآثار الظالمة ، هذا الافتراض كما يقول الفقيه جايوس (في كتابه النظم : ٤ ، ٣٨) ، هي تجاهل حالة الموت المدني واعتبار الشخص – خلافا للواقع – ما زال متمتعا بالشخصية القانونية كاملة بالنسبة لما كان عليه من ديون ، أي اعتبار الموت المدني كأن لم يكن ، ومن ثم يجوز للدائنين التنفيذ على أموال ذلك الشخص الذي فقد شخصيته القانونية بسبب التبني أو الزواج . وبذلك أمكن التخلص – عن طريق الافتراض – من الآثار الظالمة التي كانت تترتب على الموت المدني . انظر دكتور / صوفي أبو طالب : مبادىء تاريخ القانون ، ص ٣٠١ ٠

(٢) فإذا كان شخص يملك منزلا آيلا للسقوط ويهدد الجار بأضرار حاله ، كان البريتور يلزم مالك المنزل الآيل للسقوط بالتعهد للجار – عن طريق اشتراط بريتوري – بتعويضه عما قد يلحقه من ضرر خلال مدة معينة (نظم جايوس ، ٤ ، ٣١) . فإذا رفض المالك ذلك التعهد ، أباح البريتور للجار أن يدخل منزل المالك ويقوم بعمل الإصلاحات اللازمة على حساب المالك (موسوعة : ١٩ ، ٢ ، ٧ ، فاتحه) فإذا رفض المالك السماح للجار بدخول المنزل الآيل للسقوط ، منح البريتور الجار – إذا أصابه ضرر – دعوى ضد المالك يطالبه فيها بالمبلغ الذي كان يجب عليه التعهد به لو أن الاشتراط البريتوري قد تم . ولكن بما أن هذا التعهد لم يكن قد حدث فعلا ، فإن البريتور يلجأ إلى الافتراض الآتي : يدمج في برنامج الدعوى صيغة مؤداها أن الاشتراط البريتوري قد حدث فعلا ، وبناء على ذلك يحكم القاضي ضد المالك بناء على اشتراط بريتوري لم يكن له وجود في الواقع . دكتور / صوفي أبو طالب : مبادىء تاريخ القانون ، ص ٣٠٢ ٠

المحرر من سلطة أبيه لا نصيب له فى التركه ، وأن الزوجة التى تزوجت بغير سيادة لا ترث هى الأخرى فى تركة زوجها المتوفى ٠غير ان البريتور كان يفترض خضوع الابن المحرر لسلطة أبيه ، والزوجة لسيادة زوجها عند وفاته ، ليمكن كل منهما من الحصول على نصيبه فى التركة ، وذلك بفضل الإجراء الخاص الذى كان يتخذه مستندا إلى سلطته الإدارية ، والمعروف بالتمكين من الحيازة . فنشأ بذلك نظام الإرث البريتورى بجانب الإرث الشرعى الذى كان يقوم على أساس القرابة المدنية المبنية على الخضوع لسلطة رب الأسرة ، لا على القرابة الطبيعية القائمة على صلة الدم (١) ٠

٥- حماية الأرض الإقليمية :

كان مالك الأرض الإقليمية ، ولو كان رومانيا ، لا يستطيع حماية حقه بدعوى الاسترداد المدنية أو بدعوى الاسترداد البريتورية ، حيث أن دعاوى الملكية العقارية كانت قصرا على الأراضى الإيطالية . ويرى بعض الشراح أنه كان لصاحب الأرض الإقليمية دعوى استرداد على غرار دعوى الاسترداد البريتورية يفترض فيها أن الأرض الإقليمية أرض رومانية (٢) . وهكذا اضطر البريتور إلى افتراض أن الأرض الإقليمية إيطالية ، حتى تمتد إليها الحماية القانونية التى ينظمها القانون الرومانى (٣) ٠

ثالثا : الافتراض كوسيلة لتبرير بعض النظم القانونية :

لم يقتصر دور الافتراض فى القانون الرومانى على خلق أو إنشاء بعض النظم القانونية، أو تخفيف آثار بعض النظم القانونية القائمة، تحت ضغط الظروف الاجتماعية والاقتصادية. وإنما استعملها الرومان كذلك كوسيلة لتبرير بعض النظم القانونية التى يصعب فهمها أو تفسيرها إلا على أساس أنها مجرد تصور ذهنى مخالف للواقع (٤) . ومن أمثلة ذلك ٠

---

(١) دكتور / مصطفى سيد أحمد صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣١٨ ٠

(٢) دكتور / عمر ممدوح مصطفى : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٣٨٦ ٠

- Monier : Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1947, P. 382.

(٣) دكتور / هشام على صادق ، دكتور / عكاشة محمد عبد العال : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، طبعة ١٩٨٧ ، الناشر الدار الجامعية ، ص ٢٤١ ٠

(٤) دكتور / مصطفى سيد أحمد صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣١٩ ٠

١- الشخصية القانونية :

كان المبدأ العام في القانون الروماني - كما هو الحال الآن - أن شخصية المرء القانونية تبدأ منذ الميلاد وتنتهي بالوفاة . وقد أثار تطبيق هذا المبدأ صعوبة بالنسبة لحالة الجنين إذا مات مورثه قبل ولادته ، إذ أن تطبيق القاعدة العامة تكون نتيجته الحتمية ألا يرث الجنين لأنه لم يكن قد ولد بعد وقت وفاة المورث ، أى أن شخصيته القانونية لم يكن لها وجود في هذا الوقت ، وقد وجد الرومان في تطبيق تلك القاعدة إضرارا بحقوق الجنين في الإرث (١) . لذلك اقتضت مصلحة الجنين الخروج على تلك القاعدة عن طريق الافتراض الآتي : يعتبر الجنين أنه قد ولد قبل وفاة مورثه ، وبذلك يتمتع بالشخصية القانونية ، ومن ثم يمنح نصيبا في تركه المورث (٢) .

٢- التركة الشاغرة :

القاعدة العامة في القانون الروماني أن الوارث كان بالخيار بين قبول التركة أو رفضها . وكانت التركة في الفترة بين وفاة المورث وقبول الوارث لها تسمى بالتركة الشاغرة ، لأنه لا مالك لها حيث أن مالكها الأصيل قد مات وأن الخلف لم يحدد موقفه منها قبولا أو رفضا (٣) . وكان يترتب على ذلك صعوبات عديده من الوجه العملية استعان الفقهاء بالافتراض لتلافيها .

وقد استعانوا في بادىء الأمر بالافتراض الآتي : يعتبر الوارث الذى قبل التركه مالكا لها من تاريخ وفاة المورث . ثم لجأ الفقيه " جوليانوس " إلى افتراض آخر مؤداه ، افتراض المورث حيا ومن ثم تستمر ملكيته للتركة حتى تاريخ قبول الوارث لها (٤) . ولا يخفى

---

(١) دكتور / هشام علي صادق ، دكتور / عكاشه محمد عبد العال : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٤١ .

(٢) دكتور / صوفى أبو طالب : مبادىء تاريخ القانون ، ص ٣٠٧ .

(٣) دكتور / هشام علي صادق ، دكتور / عكاشة محمد عبد العال : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٤٢ .

(٤) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٢٨ .

ما فى هذا الافتراض الأخير من مخالفة للحقيقة التـى تقضـى بانتهـاء الشـخصية القانونيـة للشخص بمجرد وفاته (١) ،

٣- الشخصية المعنوية :

الأصل أن كلمة شخص لا تطلـق إلا على أفـراد النـوع الإنسـانى الذيـن هـم أهليـة اكتساب الحقوق والالتزام بالواجبـات باعتبـارهم كائنـات عاقلـه . وقـد عـرف القـانون الرومانى إلى جانب الأشخاص الطبيعيين ، أشخاصا آخرين لا وجود لهم إلا فى الذهـن . افترض الفقهاء وجودهم بأن جعلوا لهم كيانا قانونيا واعتبروهم كالإنسان أهلاً لاكتساب الحق وللالتزام بالواجب ، ولذلك سميت بالأشخاص المعنوية أو الاعتباريـة أو القانونيـة . وكـان الرومان يطلقـون عليهـا اسـم " *Universitates* " أى جماعـات أو هيئـات (٢) . وقـد جـرى فقهـاء الرومان علـى اعتبـار الشـخصية المعنويـة فرضـا قانونيـا لا حقيقـة واقعة ، ويستندون فى ذلك إلى أن الشخص لا يكون حقيقة واقعة فـى نظـر القـانون إلا إذا كـان قـادرا على التفكير وهـذا هـو شـأن الشـخص الطبيعـى ، فالقـانون لا يخلـق شخصيته ، بل يقتصر على الاعتراف بها . أما الشخص الاعتبارى وهـو غـير قـادر علـى التفكير والإرادة ، فالقانون يخلق شخصيته خلقا ، ويخلعها عليه فرضا ، حتى يمكنه بذلك أن يحيا حياة قانونية تتنـاول بعـض مظـاهر النشـاط القـانونى . ولهـذا كـانت للأشـخاص المعنوية فى القانون الرومانى أحكاما تختلف عن أحكام الأشخاص الطبيعيين (٣) ،

٤- نظام التبنـى :

كان الرومان يلجأون إلى نظام التبنى فى حالة قصور نظام الزواج عن تحقيـق الغـرض الرئيسى منه وهو التناسل . ونظام التبنى يقصـد بـه خلق الآثار التى تترتب على الولادة

---

(١) دكتور / مصطفى سيد أحمد صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣٢٠ ،

(2) *Girard : Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1929, P. 255 et s.*
Monier : Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1947, T. I, P. 377 et s.

دكتور / محمد عبد المنعم بدر ، دكتور / عبد المنعم البدراوى : مبادىء القانون الرومـانى " تاريخه ونظمه " طبعة ١٩٥٤ ، مطابع دار الكتاب العربى بمصر ، ص ٣٠١ وما بعدها ،

(٣) دكتور / عمر ممدوح مصطفى : الموجز فى القانون الرومانى ، الجزء الأول ، ص ٢٦٥ ،

من زواج شرعى ، وهذا النظام قائم على الافتراض الآتى : يفترض فى المتبنى أنه ولد من المتبنى ، ومن ثم يكون للمتبنى قبل المتبنى نفس الحقوق والالتزامات التى له قبل ابنه من صلبه ، ويكون للمتبنى قبل المتبنى نفس الحقوق والإلتزامات التى للإبن من الصلب . فالتبنى قائم على أساس افتراض الصلة الدموية (١) .

٥- المركز القانونى للأسرى الرومان :

كان الأسر فى الحروب يعتبر أهم سبب من أسباب الرق فى القوانين القديمة ، ومن بينها القانون الرومانى . ولكن القانون الرومانى القديم كان لا يعترف بالقوانين الأجنبية ، ومن ثم كان الأسير الأجنبى يعتبر رقيقا فى نظره ، ولكن الأسير الرومانى وإن كان يعتبر رقيقا فى نظر القانون الأجنبى ، إلا أنه لا يفقد حريته فى نظر القانون الرومانى ، فهو ما زال مواطنا رومانيا حرا رغم وقوعه أسيرا فى يد الأعداء ، وبناء على ذلك إذا عاد إلى روما يعتبر حرا (٢) . ولكن بعد ذلك اعتبر الرومان الأسر سببا من أسباب الرق فى قانون الشعوب ، وقد أثار تطبيق هذه الفكرة الجديدة عدة صعوبات من أهمها حالة وفاة الأسير الرومانى . فتطبيق تلك الفكرة يؤدى إلى زوال شخصيته القانونية ومن ثم عدم انتقال تركته إلى ورثته . ولكن الرومان تحايلوا على ذلك بافتراض أن الأسير الرومانى قد توفى فى نفس اللحظة التى أسر فيها . أى قد توفى وهو حر ، ومن ثم تعتبر وصيته التى صدرت منه قبل أسره صحيحه . وقد تضمن قانون كورنيليا هذا الافتراض (٣) .

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : مبادىء تاريخ القانون ، ص ٣٠٩ .
دكتور / على محمد جعفر : تاريخ القوانين ، ص ١٤٥ .

(2) Monier, Cardaschia, Imbert : Histoire des institutions et des faits sociaux, Paris 1956, P. 400 et s.
- Dekkers : La fiction juridique, étude de droit romain et dr droit comparé, Thèse, Paris 1935, P. 193.
- Villars : Rome et la droit privé, Paris 1977, P. 191.

(3) "Une lex cornelia de l'epoque de sylla (82 - 79) avait decidé que le testament fait par un prisonnier avant sa capture produirait effet bien qu'au moment du décés son auteur ait perdu la qualité de citoyen. la loi impliquait donc que l'on appréciait la validité du testament en sa placant au mement de la capture,c'est-a- dire que l'on supposait que le prisonnier était mort au moment d'étre fait prisonnier" Gaudemet:Histoire des institutions de l'antiquité, Paris 1967,P.366.=

المبحث الثانى
أثر نظرية الافتراض فى تطور القانون الإنجليزى

لعب الافتراض دورا هاما فى تطور القانون الإنجليزى ، يكاد يماثل الدور الذى قام به فى القانون الرومـانى . ويرجـع ذلـك إلى أن الإنجليز - مثـل الرومـان - من الشـعوب المحافظة على تقاليدها ، فهم يبقون على نظمهـم القديمة ولا يقدمـون علـى إلغائهـا ، بـل يتحايلون عليهـا لجعلها ملائمة لتطـورات المجتمـع . يضـاف إلى ذلـك تكاسـل المشـرع الإنجليزى وإحجامه عن التدخل لتعديل النظم القانونية ، ولعل ذلك التكاسـل يرجـع إلى أن القانون الإنجليزى قانون غير مكتوب ، فهو يعتمد - أساسا - علـى التقـاليد العرفيـه المتمثلة فى السوابق القضائية . كل ذلك أدى إلى أن تطور القـانون الإنجليزى اعتمـد - بصفة رئيسية - على مجهود الفقه والقضاء ، وقد استعان كلاهما بالافتراض كوسيلة من وسائل تطور القانون (١) . وقـد ظهـر أثر الإفـتراض القانونى فى النظام القضائى وفى

= وقد كان نفس هذا الافتراض يطبق - فى العصر العلمى - فيما يتعلق بالخلافة الاجبارية ، أى الإرث بقوة القانون وعن غير طريق الوصية (موسوعة : ٢٨ ، ٣ ، ١٥) . انظر دكتور / صوفى أبو طالب : مبادىء تاريخ القانون ، ص ٣٠٨ .

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٢٩ .

" ومن الجدير بالملاحظة أن الدراسة التاريخية لتطور النظـم القانونية فى المجتمع الانجليزى القديـم . لا تستوجب دراسة العادات والأعراف التى كانت موجوده لدى الشعوب الصلتيه " *Celtes* " ، وهى شعوب هندوجرمانية نزحت إلى الجزيرة البريطانية منذ أقدم عصور التاريخ واستوطنت فيها . إذ أن عادات هذه الشعوب وأعرافها - كما يقـول البـاحثون - لم تـترك أثـرا يذكـر علـى النظـام القانونى الأنجلو سكسونى الذى تبلور فيمـا بعـد . ونفـس المقولـة تصـدق علـى تلـك الفـترة التـى خضعت فيها الجزيرة لحكم روما (منذ عام ٥٥ ق .م تاريخ الفتح الرومـانى لإنجلـترا) إذ أن كـل أثر للقانون الرومانى فى الجزيرة قد انتهى بغزوات القبـائل الآنجلـو سكسـونيه فـى القـرن الخـامس الميلادى ، حيث أتى الغزاه معهم إلى الجزيرة بالأعراف والعادات الجرمانيـة لحكـم المعـاملات فيمـا بينهم . والواقع أن البدايات الأولى ذات الدلالـة لنشـأة النظـم الاجتماعيـة والقانونيـة فـى المجتمـع الإنجليزي القديم تبدأ بالغزوات الأنجلو سكسونيه فى القرن الخـامس الميـلادى . ثـم خطـا القـانون الإنجليزي " *Common law* " مراحل تبلور فيها واستقر بدءا بعهد هنرىالثانى (١١٥٤م)، ثم =

القواعد القانونية الموضوعية ٠

أولا : أثر الافتراض فى تطور النظام القضائى :

تعد إحدى السمات الهامة الأساسية لتطور النظام القـانونى الآنجلو سكسـونى – فـى رأى الفقه الغالب – تتمثل فى أن تطور القواعد الموضوعية للقانون كان يتم مـن خـلال تطور النظام القضائى ، من حيث تشكيل المحاكم وطبيعتها واختصاصاتها (١) ٠

وقد كانت ولاية القضاء ، منـذ الفتـح النورمـاندى (١٠٦٦م) (٢) ، موزعـة علـى هيئات ثلاث :

= مرحلة تطور القانون الإنجليزى مراعاة لمتطلبات الواقع ، وهـى ما تسمى بمرحلة قـانون الإنصـاف " *Law of Equity* " انظر دكتـور / محمـد نـور فرحـات : تـاريخ النظـم الاجتماعيـة والقانونيـة . الطبعة الثانية ١٩٨٠ ، ص ٣٥٣ ٠

G.R.Y.Radcliffe, Cross : The English legal system. London 1946, P. 1.

(١) دكتور / محمد نور فرحات : تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، ص ٣٥٤ ٠

(٢) شهدت الجزيرة البريطانية ابتداء من القرن الخامس الميلادى غزوات نوعين من القبـائل الجرمانيـة , هى قبائل الإنجلـيز " *Engles* " وقبـائل الساكسـون " *Saxons* " ، ولم تحـدث هـذه الغـزوات فـى شكل فتح عسكرى للجزيرة بل فى شكل موجات من الهجرات المتفرقة .وبمرور الزمان ، ونتيجـة لاغارات القبائل على بعضها البعض من ناحية ، وللتزاوج بين أعضـاء القبـائل المختلفـة مـن ناحيـة ثانية ، اختلط الجنـس الإنجليزى والجنـس الساكسـونى وكونـا جنسـا واحـدا هـو الجنـس الأنجلـو سكسونى . ومع الوقـت بدأت الوحدات السياسية الكبيرة فى التكون ، فظهرت مملكـه وسـكس " *Wessex* " فى الجنوب ، ومرسيا " *Mercia* " فـى الوسـط ، ونورثامبيريـا " *Northaumbria* " فى الشمال ، وذلك خلال القرنين السابع والثامن الميلادى . وفى ذلك الوقت بدأت تتوافـد علـى إنجلترا من القارة البعثات التبشيرية ، وقد أدى ذلك فضلا عن نشر المسيحية إلى انتشـار كثير من تقاليد القانون الرومانى . وفى القرن التاسع الميلادى تعرضت البلاد لغزوات مـن قبـائل " الـدان " الذين طردوا الأنجلوسكسون من الساحل الشمالى للبلاد واستقروا وأقاموا هناك مدة مـن الزمـن . ولكن هذا الغزو الدانى قوبل بمقاومة عنيفة من القبائل الأنجلو سكسونيه ، وتزعـم حركـة المقاومـة هذه الملك ألفريد (سنة ٩٧٨ – ٩٠٠م) ملـك الوسيكس ، إلى أن نجح ابنـه الأكـبر فـى طـرد الغزاه وتمكن – فى الوقت نفسه – من توحيد البلاد فى مملكه واحدة وذلك قبل قرن مـن الزمـان من الفتح النورماندى . وتتمثل فـى هذه الفترة بالذات البدايات الأولى لوضـع حجـر الأساس =

١- المحاكم الإقطاعية : وكانت تختص بالفصل فى المنازعات التى تثور بين التـابعين للنبيل صاحب الإقطاعية (١) ٠

= للنظام القانون الأنجلو سكسونى وكانت إنجلترا فى القرن التاسع الميلادى مقسمه إلى مقاطعات " *Shires* " ، وكانت هذه المقاطعات مقسمة بدورها إلى وحدات أصغر تسمى المئات " *Hndredes* "، وقد أطلق على هذه الوحدات الأصغر اسم" المئات "لأنه كان على كل وحده أن تقدم مائة محارب إلى الملك ، وكانت كل " مائة " مقسمة إلى عدد من البلدان الصغيرة " *Tounships* " أو القرى . هذه البلدان والقرى الأنجلو سكسونيه الصغيرة كانت عبارة عن مجتمعات منعزلة ، يعزلها عن غيرها من الوحدات حزام من الغابات ، وتعيش بعيدا عن بعضها وبعيدة كذلك عن السلطة المركزية فى البلاد ، وكانت الزراعة هى النشاط الاقتصادى الغالب فى هذه الوحدات ، ولم تعرف التجارة إلا فى بعض الصور البدائية النادرة ، وفى ظل هذا الاقتصاد البدائى قلت المنازعات إلا فى حالات قليلة من الاعتداء على الأشخاص ، أو خلافات نادرة متعلقة بالأموال أو بالإخلال بعقود تافهة القيمة ٠

وفى القرن الحادى عشر الميلادى ، وعلى وجة التحديد فى عام ١٠٦٦ قامت القبائل النورمانديه بزعامة وليام الفاتح بغزو إنجلترا . والقبائل النورمانديه هى قبائل إسكندنافية الأصل ، قامت فى القرن التاسع الميلادى بغزو سواحل فرنسا ، وأقامت هناك مملكه فى إقليم عرف بعد ذلك بإقليم نورماندى (أى أرض رجال الشمال *The land of north Men*) . وقد حاول وليام الفاتح فى السنوات الأولى للغزو أن يكتسب صفة الخليف الشرعى لملوك الأنجلوسكسون ، ومن ثم لم يلجأ إلى محاولة إدخال تعديلات جوهرية على قوانين البلاد . وعلى أية حال فلم تكن القوانين النورمانديه التى كان يتبعها الفاتحون قبل الغزو بأقل بدائية من القوانين الأنجلو سكسونيه . وقد شهدت السنوات اللاحقة للغزو النورماندى لإنجلترا تغييرات أساسية فى النظم القانونية والقضائية السائدة ، وهى تغييرات حدثت فى نظم الإدارة والحكم من ناحية ، وفى نظام القضاء من ناحية ثانية ، وفى القواعد القانونية المطبقة من ناحية ثالثة . انظر دكتور / محمد نور فرحات : تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، ص ٣٥٥ ، ٣٥٦ ، ٣٦٣ ٠

G.R.Y. Radcliffe, Cross : The English legal system, London 1946, P. 2.

(١) " كان السيد الاقطاعى يكون فى إقطاعيته محكمة تختص بنظر المنازعات التى تثور بين التابعين والمتعلقة بحيازة الأرض . أى أن هذه المحكمة لم يكن لها اختصاص مدنى خارج تلك المنازعات المتعلقة بحيازة الأرض بين تابعى الإقطاعى ولم يكن لها اختصاص جنائى . أما سائر الاختصاصات المدنية والجنائية فقد كانت من اختصاص المحاكم المحلية.إلا أنه باندثار محاكم " المئات " وبتحول =

٢- المحاكم الكنسية : وكانت تختص بالمنازعات التى يكون أحد الخصوم فيها من رجال الدين وبالأمور المتعلقة بما يسمى " علاج الروح " بين الأفراد ، مثل الزواج والطلاق والاعتداء على المعابد (١) .

٣- المحاكم الملكية : وكانت تختص بالفصل فى المنازعات التى تثور بين النبلاء . وبمحاكمة من يخل بما يسمى " أمن الملك " ، وكان هذا التعبير يعنى فى بادىء الأمر ، الاعتداء الواقع على أحد أفراد البيت المالك أو أحد أعضاء حاشية الملك ، وكانت تختص بهذه الجرائم محكمة ملكية تسمى محكمة " منصه الملك " . وكانت هناك محكمة ملكية أخرى تختص بالضرائب تسمى " المحكمة المالية " ، وهناك محكمة ملكية ثالثة تختص بما يعرض عليها من منازعات مدنية تسمى

= المعاونين إلى تابعين فى إقليمهم ، اختصت المحاكم الإقطاعية بالنذر اليسير من القضايا المدنية التى كانت ترفع أمام محاكم المئات . ومع ذلك فقد مارست المحاكم الإقطاعية الفصل فى بعض القضايا الجنائية ، إذ أن الإقطاعيين قد درجوا فى محاكمهم على نظر بعض القضايا البسيطة التى تمثل إخلالا بأمن الاقطاعيه ، كما إشترى بعض الإقطاعيين من الملك إمتياز نظر الجرائم التى تحدث فى أقاليمهم نظير بعض الأموال الإضافية يوردونها للخزانة العامة ، ثم اصبح ينظر هذا الامتياز على أنه تابع للالتزام الإقطاعي . انظر دكتور / محمد نور فرحات : تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، ص ٣٧٠ .

(١) كان وليم الفاتح من دعاة الإصلاح الدينى ، ومن أنصار فصل الشئون الدينية للكنيسة عن الشئون الزمنية للدولة . ولهذا فقد اختصت المحاكم الكنسية فى عهده بدعاوى الكفر والزندقة والكذب فى الإيمان ودعاوى تأديب رجال الدين وكذلك دعاوى الأحوال الشخصية وخاصة مسائل الزواج والطلاق والمواريث والوصايا . وبدلا من أن كان نظر هذه الدعاوى يدخل فيما مضى فى اختصاص محاكم المئات أصبحت تدخل فى اختصاص محكمة الأسقف " *Bishop* " والتى تعلوها محكمة كبير الأساقفة " *Archishop* " .وعلى رأس المحاكم الكنسية يوجد البابا فى روما باعتباره الرئيس الأعلى للكنيسة ينظر فى كافة أمورها ويراجع أحكام محاكمها . انظر دكتور / محمد نور فرحات : تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، ص ٣٩٦ .

- *Holdsworth : History of Enghlish law, V.I, P. 371.*

" محكمة الدعاوى المدنية " (١) .

وقد استعملت المحاكم الملكية الافتراض ، بغية توسيع اختصاصها على حساب المحاكم الأخرى (المحاكم الإقطاعية والمحاكم الكنسية)، حتى انتهى بها الأمر إلى الاستيلاء على

---

(١) كان مجلس البلاط هو الهيئة القضائية العليا فى البلاد . وقد كان له فى هذا العصر نوعان من الاختصاصات : فهو باعتباره محكمة إقطاعية تضم كبار الإقطاعيين ، كان يختص بالنظر فى المنازعات المتعلقة بالأرض التى تثور بين كبار الإقطاعيين ، وباعتباره مجلسا للعرش يجمع أعيـ المملكة كان ينظر فى القضايا العادية . واختصاصه الأخير هذا ذو شقين : شق ابتدائى ، إذ كان ينظر باعتباره محكمة للدرجة الأولى فى كافة القضايا الجنائية التى تمس أمن المملكة أو كما كان يطلق عليه أمن الملك *King's Peace* ، فضلا عن الدعاوى الملكية والعمومية التى تتعلق بهـ مصلحة الملك أو الخزانة العامة ، وكان ينظر باعتباره محكمة استئنافية فى الطعون التى ترفع إليه من أحكام المحاكم المحلية أو المحاكم الإقطاعية ، وكان الطعن يقدم من المتضرر من الحكم (دون تقيد بمواعيد أو بنصاب) ، ثم يصدر المجلس أمرا *Writ* إلى المحكمة الدنيا بإرسال ملف الدعوى مصحوبا بمذكرة بدفاعها ، وتقوم المحكمة الدنيا بإرسال ما هو مطلوب منها بصحبة أربعة من أعضائها يتولون الدفاع عن حكمها أمام مجلس البلاط . ولمجلس البلاط أن يؤيد حكم محكمة أول درجة أو أن يعيد القضية إليها بطلب إعادة النظر فيها أو أن يتصدى هو للنظر فيها . وفى الحالتين الأخيرتين يحكم على المحكمة بغرامة يدفعها أعضاؤها . وكما قد يكون الطعن فى الحكم بعد صدوره ، كان من الجائز أن يتظلم أحد الخصوم إلى مجلس البلاط قبل صدور الحكم إذا كانت لديه أسباب تدفع إلى الشك فى حيدة المحكمة ونزاهتها ، وقد يكون هذا التظلم قبل البدء فى إجراءات الدعوى فيصدر الملك – إن تحققت له جدية أسباب التظلم – أمرا بإحالة الدعوى إلى مجلس البلاط ، أو يصدر أمرا تحذيريا إلى المحكمة بنظر الدعوى متوخية وجه الحق والنزاهة . وقـ يكون التظلم بعد بدء إجراءات الدعوى ، وللملك فى هذه الحالة أن يصدر أمر استحضار *Writ of Centiorari* تسحب بمقتضاه الدعوى من المحكمة وتحال إلى مجلس البلاط . أما التظلمات التى تتضمن دفعا بعدم اختصاص المحكمة ، فللملك أن يصدر أمرا للمحكمة بالامتناع عن نظر الدعوى *Writ of Prohibtion* إن كانت المحكمة غير مختصة وتدعى اختصاصها ، أو يصدر أمرا بنظر الدعوى *Writ of mandamus* إن كانت المحكمة مختصة وتدعى عدم اختصاصها . على أن هذه الأوامر كلها لم يكن منحها بمثابة حق للخصوم، بل هو امتياز يستند إلى الاختصاص الامتيازى للملك الذى يستند إلى سيادة الملك . وغالبا ما كانت هذه الأوامر تشترى نظير مبلغ =

اختصاصاتها وتوحيد جهة التقاضى (١) ·

وإزاء ذلك الوضع تمكنت المحاكم الملكية من توسيع دائرة إختصاصاتها ، وكان سبيلها

= من المال يدفعه طالب الأمر إلى الملك . وبمرور الوقت تكاثرت القضايا بأنواعها أمامة المجلس . أضف إلى ذلك أن الاجتماع العام للمجلس اصبح قليل الانعقاد نظرا لكثرة رحلات الملك . فكانت النتيجة المنطقية لذلك أن يتفرع عن المجلس عدد من المحاكم المتخصصة ، فتم إنشاء محكمة الطلبات العامة *Court of Common Pleas* ، وقد اختصت بنظر المنازعات المدنية التى لا يتعلق بها حق الملك ، وهى الدعاوى المدنية العادية ودعاوى الأراضى . محكمة بيت المال *Court of Exchequer* وتختص بكل ما يتعلق بالأموال العامة من رقابة على الإيرادات والمصروفات وضبطها ودعوة شريف كل مقاطعة للحساب مرتين فى العام . محكمة منصه الملك *Court of the King's Bench* وتختص بالدعاوى التى تتعلق بهـا مصلحة الملك ودعاوى الجرائم الماسة بأمن الملك . وبالطعون التى ترفع أمامها فى أحكام المحاكم الدنيا . محكمة بيت المال الاستئنافية ، وقد تم إنشائها عام ١٣٣٨م ، لتنظر الطعون فى الأحكام الصادرة من محكمة بيت المال الابتدائية . محكمة بيت المال العليا وأنشأت عام ١٥٨٥م ، وتختص بنظر الطعون فى الأحكام الابتدائية المدنية والتى تصدر من محكمة منصه الملك ، وفى عام ١٨٣٠م صدر قانون عدل من اختصاص محكمة بيت المال العليا ومن تشكيلها بما أدخل على النظام القضائى نوعا من التناسق ، فمن ناحية ألغيت محكمة بيت المال الاستئنافية وأدمجت فى محكمة بيت المال العليا ، ومن ناحية ثانية أصبحت جميع أحكام المحاكم الملكية الدنيا (الطلبات العامة ، وبيت المال ، ومنصه الملك) تستأنف أمام محكمة بيت المال العليا ، سواء فى ذلك الأحكام التى تصدر من هذه المحاكم بصفة ابتدائية أو الأحكام التى تصدر من محكمة منصه الملك فى الطعون المرفوعة إليهـا عن أحكام المحاكم الأخرى ، كما أصبح لا يجوز رفع الطعن مباشرة أمام مجلس اللوردات قبل المرور بمحكمة بيت المال العليا . انظر فى تفصيلات ذلك الموضوع ، دكتور / محمد نور فرحات : تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، ص ٣٧١ ، ٣٧٢ ، ٣٨١ وما بعدها ·

- *Holdsworth : History of English law, V.I, P. 27.*
- *F. Maitland : The constitutional history of England, P. 206.*
- *Pollock, Maitland : History of English law, V.I, P. 138.*

(١) يعد السبب الرئيسى فى تنازع الاختصاصات ، هو أن القضاة وموظفى المحاكم لم تكن لهم مرتبات محدده ، بل كانوا يتقاضون أجورهم مما يحصلونه من رسوم قضائية ، لذلك عملت كل محكمة على التوسع فى اختصاصاتها بغية زيادة حصيلة الرسوم القضائية . دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٣١ ·

إلى ذلك هو اللجوء إلى الافتراض القانونى . فمثلا : عـن طريق تفسير " أمـان الملك تفسيرا موسعا تمكنت محكمة منصة الملك من مد اختصاصها إلى كل الجرائم (١) . ومـن جهة أخرى استعملت تلك المحاكم الافتراض لكى تختص بالمسـائل المدنيـة ، فهـى كـانت تختص – بصفة استثنائية – بالفصل فى المسائل المدنية التـى تتعلـق بالأشـخاص المتهمين بارتكاب جرائم ماسه بأمان الملك ، وقد توسعت فـى اختصاصاتهـا المدنيـة بـأن تفـترض المحكمة – خلافا للواقع – فى الإعلان الموجه إلى المدين ، أنه قـد ارتكـب جريمة ماسة بأمان الملك ضد المدعى (الدائن) ، ومـن ثـم يجـوز القبـض علـى المديـن للمثـول أمام المحكمة وتصح حينئذ مطالبته بالدين أمامها (٢) . وتمكنت كذلك المحكمة المالية – وهـى إحدى المحاكم الملكية – من بسـط نطـاق اختصاصهـا عـن طريـق افـتراض المحكمـة فـى الإعلان الموجه ضد المدعى عليه بامتناعه عن سداد ديـن المدعـى ، قـد تسبب فـى عـدم سداد الضريبة المقررة على المدعـى ، وبذلـك أمكـن إلـزام المدعـى عليـه بـالحضور أمام المحكمة المالية لأنه أصبح بمثابة مدينا للملك (٣) . وكذلك استطاعت المحاكم الملكية مـن مد نطاق اختصاصها ليشمل الدعاوى الخاصة بمنازعات الأراضـى – والتـى كـانت مـن اختصاص المحاكم الإقطاعية – وذلك بأن تفترض المحكمـة الملكيـة فـى الإعـلان الصـادر بشأن المنازعات حول الأراضى ، أن اللورد – النبيل صاحب الإقطاعية – قد تنازل عـن نظر القضية ، ومن ثم يؤول الاختصاص إلى المحـاكم الملكيـة . ويصـف المؤرخـون ذلـك الافتراض بالافتراض الفاضح (٤) .

---

(١) دكتـور / عبـد المنعـم درويـش : مقدمـة فـى تاريـخ النظـم القانونيـة والاجتماعيـة ، ص ٢٢٦ .

(2) Deans : Legal history, P. 107 and s.

مشار إليه بمؤلف الدكتور / على بدوى : أبحاث التاريخ العام للقانون ، ص ٥٠ .

(٣) دكتور / عبد المنعم درويش : مقدمة فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٢٦ .

(٤) دكتور / صوفى أبو طالب : مبادىء تاريخ القانون ، ص ٣١١ .

Janks : Short history of English law, P. 51.

مشار إليه بمؤلف الدكتور / على بدوى : أبحاث التاريخ العام للقانون ، ص ٥٠ .

وقد كان الأفراد يؤثرون التقاضى أمام المحاكم الملكية لبساطة إجراءاتها وضمان نفـاذ أحكامها ، وكانت المحاكم الملكية تقبل جميع أنواع الدعاوى وتفصـل فى شتى المنازعات التى ترفع أمامها مستخدمة الافتراض القانونى فى كل الحالات (١) .

وكان من ثمرة هذا الافتراض بسط ولاية المحاكم الملكية على حالات لم تكن تدخل فى دائرة اختصاصها (٢) ، وقد ترتب على ذلك توحيد السلطة القضائية فى البلاد وهو مـا أدى بدوره إلى توحيد فى المبادىء القانونية (٣) .

ثانيا : أثر الافتراض فى تطور القواعد القانونية الموضوعية :

لم يقف الافتراض عند توحيد جهات القضاء ، بل امتد ليشمل النظم القانونية ذاتهـا . فقد خلقت قواعـد ومبـادىء قانونيـة جديـدة أمـام هـذه المحـاكم ، كمـا انتقلـت إلى اختصاصاتها حالات جديدة كان عليها أن تقضى فيها أو تبرر وجودها تسهيلا لفهمها . وأطلق على مجموعة هذه المبادىء " الشريعة العامة *Common Law* " (٤) .

فقد أدى تطور النظام القضائى فى إنجلترا ، إلى تطور فـى النظـم القانونيـة . ذلـك أن الأمر قد انتهى فى نهاية المطاف إلى توحيد جهة التقاضى واستئثار المحاكم الملكيـة بولايـة القضاء دون المحاكم الأخرى ، وأصبحت ولايتها بعد صدور قـانون " أكسـفورد " عـام ١٢٥٨م الـذى حـدد اختصاصـات المحـاكم المتعـددة ، وقـانون " وستمنسـتر " عـام ١٢٧٥م ، عامـة علـى كـل البلاد وفى كل المنازعات ، وأصبح لها بمقتضـى قـانون " وستمنستر " حق استحداث مبادىء قانونية فى حالة قصور السوابق القضائيـة ، ومـن مجموعة هذه السوابق القضائية والمبادىء القانونية المستحدثة تكونت مبادىء " الشـريعة العامة " (٥) فمع مرور الزمـن والوقت تراكمت الأحكام الصادرة من المحاكم الملكية ،

(١) دكتور / محمود السقا : أضواء على تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، ص ١٤٧ .

(٢) دكتور / هشام على صادق ، دكتور / عكاشه محمد عبد العـال : تـاريخ النظـم القانونيـة والاجتماعية ، ص ٢٤٩ .

(٣) دكتور / عبد المنعم درويش : مقدمة فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٢٧ .

(٤) دكتور / محمود السقا : أضواء على تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، ص ١٤٧ .

(٥) دكتور / عبد العزيز شوكت : البدر الساطع فى أصول النظم والشرائع ، ص ٤٠١ .

واستقر قضاؤها على مبـادىء قانونيـة متعدده وأصبح مـا اسـتقرت عليـه المحـاكم مـن مبادىء قانونية للفصل فى مسائل معينة مصدرا قانونيا ملزما لمحاكم إذا ما عـرض عليهـا فى المستقبل نزاع مماثل . ومن هنا أصبحـت السـوابق القضائيـة مصـدرا أساسـيا وهامـا للقانون الإنجليزى (١) . وقد ساد الاعتقاد بقدسية الشريعة العامة وبعدم جواز الإفتئـات عليها بالتغيير أو بالتعديل ، حتى فى الحالات الجديدة التى كان القضـاة أن يشـرعوا لهـا وأن يضعوا لحكمها مبدأ جديد ، كـان هـذا المبدأ يـرد زعمـا إلى السـوابق القضائيـة . وانتشر وترسخ مبدأ مضمونه أن الشريعة العامة ذات بناء ثابت وقديم ، فيه حل لجميع المسائل بحيث لا يصح أن تتغير قواعده بعمل إنسانى ولو كان عمل البرلمان نفسه (٢) .

على أن مشكلة قصور المبادىء القانونية القديمة والجامدة عن حكم الواقع الاجتمـاعى الجديد والمتغير ، كان لابد وأن تواجه هذا النظام القانونى التقليـدى ، وكـان لابـد مـن تطوير المبادىء القديمة المتوارثة عن الأسلاف لتلائم وضعا اجتماعيا لم يكن متوقعـا(٣) . وكان هذا إيذانـا بظهـور الافـتراض كوسيلة لتطويـر القـانون ، فقـد اسـتعملت الحيلـة كتصوير خيالى لإنشاء بعض النظم القانونية أو لتبريرها حتى يسـهل إدراكهـا وفهمهـا . ومن أمثلة ذلك :

١- الشركة :

يعتبر العقد هو الأساس الذى تقوم عليه العلاقة بين الشركاء فـى القوانـين الحديثـة . ولكن فى القوانين القديمة كانت العلاقــة بــين الشـركاء تعتمـد علـى أسـاس افـتراض رابطـة القرابـة فيمــا بينهــم (٤) . ولذلـك لم يعــرف القـانون الإنجليـزى القديـم أن الشركة تقوم على عقـد ، إذ لم يعـرف إلا صـورة الورثـة الذيـن يشـتركون فـى أمـوال التركة ، ولهذا السبب لجأ الفقـه الإنجليزى إلى الافــتراض لإقامــة عقــد الشـركــة . فافتراض وجود صلة قرابة بين الشركاء ، وذلك على غير الحقيقة ٠ومن هنا كان اللفظ

---

(١) دكتور / محمد نور فرحات : تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، ص ٣٩٣ ٠

(٢) دكتور / محمد نور فرحات : تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، ص ٣٩٤ ٠

(٣) دكتور / محمد نور فرحات : تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، ص ٣٩٥ ٠

(٤) دكتور / صوفى أبو طالب : مبادىء تاريخ القانون ، ص ٣١٢ ٠

المستخدم للتعبير عن الورثة فى التركة هو ذاته المستعمل للتعبير عن الشركاء فى الشركة (١) ، إشارة إلى اعتبار القرابة أساسا لتشاركهم . وقد بقيت إلى عهد حديث فى تشكيل بعض الشركات التجارية الإنجليزية ذات الأصل القديم آثار الصلة المفترضة بين الأقارب ، حيث يضاف بعد أسماء الشركاء عبارة " المتضامنون فى الطعام والعبادة والمال " (٢) .

٢- الرضاعة :

استعان القانون الإيرلندى القديم بالافتراض القانونى لاعتبار الرضاعة أساسا للقرابة . ترتب من النتائج ما يترتب على القرابة الحقيقية . وقد ترتب على القرابة بالرضاع من الآثار القانونية من حقوق والتزامات ما يترتب على القرابة الحقيقية (٣) . وبذلك امتنع على الرجل أن يتزوج ممن أرضعته فى إيرلندا القديمة ، على أساس من القرابة المفترضة بالرضاعة التى تنشأ بين الأم من الرضاع والطفل الذى أرضعته ، بحيث تأخذ هذه الصلة حكم الصلة التى تنشأ عن البنوه الطبيعية بين الأم الحقيقية ووليدها (٤) . ولما كانت الآثار التى تترتب على الرضاعة هى نفس الآثار التى تترتب على القرابة الحقيقية ، كان ذلك داعيا إلى أن يقوم القانون الأيرلندى القديم بإفراد فصل خاص بالحقوق والالتزامات المترتبة على الرضاعة (٥) .

---

(١) دكتور / فتحى المرصفاوى : تكوين الشرائع ، ص ٢٠١ .

قام نظام الشركة العامة ذات المسئولية المطلقة فى البداية بين الأخوة الذين آلت إليهم تركة رب الأسرة ، حيث كانت لهم مصلحة مؤكدة فى عدم انقسام التركة حتى لا يندرجوا فى قوائم طبقة أدنى من طبقة أبيهم ، وهى القوائم التى كانت أساسا للحقوق العامة التى روعى فى تقسيمها الثروة العقارية . دكتور / عبد العزيز شوكت : البدر الساطع فى أصول النظم والشرائع ، ص ٣٧٥ .

(٢) دكتور / على بدوى : أبحاث التاريخ العام للقانون ، ص ٥٥ .

Maine : Early institutions, P. 233.

(٣) دكتور / عبد العزيز شوكت : البدر الساطع فى أصول النظم والشرائع ، ص ٤٠٢ .

(٤) دكتور / عبد العزيز شوكت : البدر الساطع فى أصول النظم والشرائع ، ص ٣٧٧ .

(٥) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٣٢ .

ومن النظم القانونية التي استحدثها الافتراض القـانونى علـى هـذا النحـو نظـام الرضـاع الأدبى المعروف لدى قدماء الأيرلنديين (١) . ويقصد به تلك الصلة الروحية التـى تربـط بين المعلم وتلميذه ، ويقوم هذا النظام على افتراض مؤداه أن الصلة بين المعلـم وتلاميـذه فى مرتبة الصلة بين الأب وأبنائه ، فالمعلم يتولى حضانة الطلبة وتثقيفهم الثقافة القانونيـة والأدبية العليا ، وفى مقابل ذلك تكون له عليهم السلطة الأبوية التى جعلت للأب علـى ولده . كما قرر له القانون حق الانتفاع مدى حياته بجزء معين مما قد يؤول مـن الأمـوال لابنه من الرضاع ، وهو بمثابة حق النفقه الواجب علـى الابـن لأبيـه . وعلـى ذلـك فـإن الصلة بين المعلم وتلاميذه لم تكن صلة فكرية فحسب ، وإنمـا كـانت تعتـبر كذلـك صلـة دموية كالتى تربط أعضاء الأسرة الحقيقية (٢) .

٣- مصادرة أموال المجرم :

يقضى القانون الإنجليزى بمصادرة أمـوال المجرم فـى بعـض الحالات ، كجريمة الخيانة

---

(١) " قام نظام الرضاع الأدبى هذا فى المدارس التى أسسها العلماء " البريهون " ، حيث كانت الصلـة بين المعلم البريهونى وتلاميذه ، فى مرتبة الصلة بين الوالد وأبنائه ، ولذلك كان يطلـق علـى المعلـم اسم *Foster-Father* أى الأب من الرضاع ، وعلى التلاميذ اسم *Foster - Son* أى الابـن مـن الرضاع . دكتور / أبو زيد عبد الباقى : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ٦٥ .

" وقد كانت صورة الرضاع الأدبى أكثر قوة ووضوحا عند الهنود فى الروابط القانونية بـين المعلـم البرهمى وتلاميذه ، فهو لا يقبض منهم أجرا عاجلا على ما يتلقونـه مـن تعاليمـه الدينيـة ، ولكـن القانون الهندى يحتفظ له فى مواضع كثيرة من نصوصه بحق الميراث فى أموالهم بعد وفاتهم ، بل أن هذا الميراث يتنقل بين أعضاء المعهد الواحد تنقله بين أفراد العشيرة الواحدة . فقد قررت النصوص البرهمية ، ومنها ما هـو منسوب إلى مـانو ، أن المتوفـى " إذا لم يكـن لـه ولـد ذكـر ورثـه أقـرب أقربائه ، وإن لم يكن له أقارب فمعلمه الدينى ، وإن لم يكن فتلميذه الذى تلقـى عنـه " ، ويضيـف الشراح إلى ذلك أنه إذا لم يكن معلمه وتلاميـذه أحيـاء عنـد وفاتـه ذهبـت التركـة إلى زملائـه فـى الدراسة . وقد نظرت على ضوء هذه المبادىء بعض القضايا الحديثة فى سجلات القضاء الهنـدى " دكتور / على بدوى : أبحاث التاريخ العام للقانون ، ص ٥٩ .

Maine : Early institutions, P. 244.

(٢) دكتور / مصطفى سيد أحمد صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣٣٥ .

العظمى . وعلى ذلك لا تنتقل أموال هذا المجرم – بعد إعدامه – إلى ورثته ، بل تذهب إلى الدولة (١) . وقد اعتمد القانون الإنجليزى على الافتراض القانونى لتبرير هذه الآثار وتفسيرها ، فقد علل الفقهاء الإنجليز حرمان الابن البرىء من أموال مورثه بأن ارتكاب الجريمة يدل على "فساد فى دمه العائلى يترتب عليه إيقاف سير الإرث الشرعى " . ورتبوا على هذا التبرير الذى يقوم على مجرد تصوير خيالى للواقع ، حرمان الابن البرىء من إرث جده إن كان حيا ، لأن السبيل الذى تعبره الأموال من الأصل إلى الفرع قد فسد بالجريمة وانقطع مجراه (٢) ٠

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : مبادىء تاريخ القانون ، ص ٣١٣ ٠

(٢) دكتور / مصطفى سيد أحمد صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣٣٦ ٠

" وقد ألغيت عقوبة مصادرة أموال المحكوم عليه فى إنجلترا بقانون صدر فى عام ١٨٧٠ "

دكتور / على بدوى : أبحاث التاريخ العام للقانون ، ص ٦٠ . وقد أشار إلى :

Goadby : Commentary on Egyptian Criminal Law, 1924, Part I, P. 265.

الفصل الثانى
أثر نظرية الافتراض فى تطور الفقه الإسلامى

لم يكن للافتراض أثـر يذكـر فـى الفقـه الإسـلامى (١) ، وبصفـة خاصـة فـى العهـود السابقة على نشأة المذاهب الكبرى وتدوين فقهها (٢) . فالمتعمق فى الفقه الإسلامى وفى

---

(١) عرف الافتراض عند فقهاء المسلمين باسم " الحيلة " .
وقد ظهرت الحيلة فى الشرائع السابقة على الإسلام ، وقـد جـاء ذكرهـا فـى القـرآن الكريـم فـى مواضع عديده ، ومن هذه الحيل التى وردت فى القرآن الكريم ، حيلـة نبـى ا لله " أيـوب " عليـه السلام ، فقد جاء فى قوله تعالى : " وخذ بيدك ضغثا فـأضرب بـه ولا تحنـث " ، وقـد كـان ذلـك مخرجا لنبى ا لله " أيوب " من الحنث فى يمينه ، عندما حلف ليضربن زوجته مائة سوط ، فأذنـه ا لله سبحانه أن يتحلل من يمينه بحيله مقتضاها أن يأخذ ضغثا به مائة عود ، يضربها بـه ضربـة واحـدة . وكذلك حيلة نبى ا لله " يوسف " لاستبقاء أخيه عنده بدس الصواع فى رحله حتى يتهم بالسرقة . وبذلك يتمكن من استبقائه عنده ، وقد ورد ذلـك فـى قولـه تعـالى " ولمـا جهزهـم بجهـازهم جعـل السقاية فى رحل أخيه " . كما حكى القرآن الكريـم عـن حيـل اليهـود المـاكره كحيلـة أصحـاب السبت ، فقال تعالى " ولقـد علمتم الذيـن إعتــدوا منكـم فـى السـبت فقلنـا لهـم كونـوا قـردة خاسئين " ، وقد جاء فى كتب التفسير أن ا لله سـبحانه وتعـالى قـد أمـر اليهـود أن يكـون عيدهـم الجمعة من كل أسبوع ، إلا أنهـم أبـوا إلا السـبت ، فـأجيبوا إلى مـا طلبـوا ، وأمروا أن يتفرغـوا للعباده ، وحرم ا لله عليهم صيد السمك فى هذا اليوم ، وقد ابتلاهم ا لله فكـانت الأسمـاك تـأتيهم يوم السبت ظاهرة على سطح الماء ، ثم تختفى طوال الأسـبوع ، حتـى السـبت الـذى يليـه ، وقـد أطاعوا ا لله زمنا لا يصطادون فى يوم السبت ، ولكنهم تحيلـوا بعـد ذلـك للاصطيـاد فـى السـبت بصورة الاصطياد فى غيره ، بحيل متعدده ظاهرها الامتثال لما أمر ا لله وحقيقتها التمرد والعصيان . فمسخهم ا لله قرده . انظر دكتور / أبو زيـد عبـد البـاقى مصطفـى : الافـتراض ودوره فـى تطـور القانون ، ص ٦٨ . الشيـخ / محمـد عبـد الوهاب بحيرى : الحيل فى الشريعة الإسلامية وشـرح ما ورد فيها من الآيات والأحاديث أو كشف النقاب عن موقع الحيل من السـنة والكتـاب ، طبعـة ١٩٧٤ ، ص ٤٠ .

(٢) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٣٢ .

حقيقة البناء القانون داخل الشريعة الإسلامية ، يجد أنها شريعة بحسب تكوينها القانونى لا تجلىء إلى الافتراض ، فينعدم من ثم كل دور له ، وقد وضح ذلك فى العهود الأولى السابقة على نشأة المذاهب الفقهية (١) . ويرجع ذلك إلى أن طبيعة الشريعة الإسلامية تختلف عن طبيعة القانون الرومانى والقانون الإنجليزى ، فقد فرض الافتراض نفسه فى هذين القانونين لأسباب خاصة بهما (٢) ، بينما كان أثره محدود فى الفقه الإسلامى نظرا لأن الشريعة الإسلامية تتميز عن القوانين الوضعية سواء من ناحية مصادرها الرئيسية ، أو من ناحية طبيعة قواعدها القانونية : فالشريعة الإسلامية تستمد أحكامها فى غالب الأحوال من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ، وهذه الأحكام قد جاءت بمبادىء عامة وأصول كلية ، تاركة المسائل التفصيلية إلى اجتهاد الفقهاء والقضاة ، ولذلك لم يضطر الناس فى العهود الأولى إلى الاستعانة بالافتراض لتعديل القواعد القانونية (٣) .

وعندما اتسعت رقعة الدولة الإسلامية اتساعا عظيما وسريعا ، واتصل المسلمون بحضارات لم يكن لهم بها عهد من قبل ، كالحضارة الفارسية فى فارس والعراق والحضارة الرومانية فى مصر والشام ، وواجة المسلمون مسائل كثيرة فى كل شأن من شؤون الحياة تحتاج إلى تشريع ، لم يكونوا يحتاجون إليه وهم فى جزيرة العرب ، نجد أن المشرعين الأولين فى هذا الصدد قد لجأوا إلى استنباط الأحكام الشرعية من الأدلة التفصيلية ، مسترشدين بما توحى به حكمه التشريع وبما تقتضيه المحافظة على المصالح العامة . غير أنه فى خلال العصر العباسى ، وبعد أن تكونت المذاهب الفقهية ، وتنوعت البحوث العلمية فى أصول الشريعة وأحكامها ، بدأ الافتراض يظهر عند أصحاب مدرسة الرأى فى الكوفة ، كوسيلة للتوفيق بين المثل الأعلى والحقيقة الواقعة ،

---

(١) دكتور / هشام على صادق ، دكتور / عكاشة محمد عبد العال : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٥١ .

(٢) راجع ما سبق فى هذا البحث تحت عنوان " أثر نظرية الافتراض فى تطور القانون الرومانى " . " أثر نظرية الافتراض فى تطور القانون الإنجليزى " .

وكوسيلة للتيسير فـي الأحكـام الشرعيـة . ويمضى الزمن أخـذ البعض يلجأ إليـه - بعد ضعف الوازع الدينى - للتخلص من واجباتهم أو إسقاط حقـوق الغير قبلهـم ، ممـا دفع الفقهـاء إلى وضـع عـدد كبـير مـن المؤلفـات الخاصـة " بـالحيل " - الافتراضـات - والمخارج لبيان ما يجوز استعماله منها وما لا يجوز (١) ٠

وقبل أن نتحدث عن أثر نظرية الافتراض " الحيلة " فى تطور الفقه الإسلامى ، نقـوم ببحث تعريف الحيلة فى الفقه الإسلامى ، ثم نميزها عما يشتبه بها ، ثـم نوضـح أنواعهـا ومدى مشروعيتها ٠

---

(١) دكتور / مصطفـى سيـد أحمـــد صقـــر : فلسفـــة وتـاريخ النظـم القانونيـة والاجتماعيـة ، ص ٣٢٢ ٠

المبحث الأول
فكرة الافتراض " الحيلة " فى الفقه الإسلامى

أولا : تعريف الافتراض " الحيلـة " :

اختلفت عبارات الفقهاء المسلمين فى تعريف " الحيلـة " تبعا لاختـلاف الزاوية التى ينظرون منها إلى الحيلة ، فمنهم مـن نظر إليها على أنها تؤدى إلى أغراض مشروعه لاتنافى للدين غرضا ولا تأبى للشريعـة مقصـدا ، ولا يراد بها إبطال حق أو إحقاق باطل ، وإنما الهدف منها اليسر ورفع الحرج والخروج مـن المشاكل والأزمات إلى مجال التسامح والرفق والرحمة ، فإذا ما قصد بها غير ذلك من أغـراض خبيثة ومقاصد سيئة كانت الحرمة حكمها ، والعمل على إبطالها واجـب دينى ، وهؤلاء هـم الحنفيـة الذيـن تكلموا أكثر من غيرهم فى موضوع الحيل ، باعتبارها مخرجا شرعيا لمن أبتلى بحادثة دينية ما دام ذلك لا يناقض أصلا مـن أصـول الديـن وقواعـده الكليـة . ولعـل هـذا مـن أهـم أسباب مرونة هذا المذهب الفقهى واتساعه ونمو أفكاره ، ويتفق معه – إلى حـد كبـير – المذهب الشافعى ، حيث أن من أصول هذا المذهب جريان العقود على ظاهر الأمـر دون السؤال عن القصد ، وربما أخذ عن المذهب أيضا عدم تأثر العقد بما يسبقه مـن مواطأة وعدم فساده بما يقارنه من النيات ، وذلك على خـلاف عـن الإمـام الشـافعى فـى هذيـن الأصلين . بيد أن غالبية الفقهاء نظروا إلى " الحيلة " باعتبارهـا وسـيلة تعمـل علـى هـدم قواعد الشريعة وأحكامها ، فهى ذلك الوجه المذموم الذى يتخـذه المحتـال أساسـا للفـرار من الأحكام الشرعية ، ومناهضة أحكام الدين ، ويمكن القول بأن المالكية والحنابلـة هـم أشد خصوم الحيلة ، ومن المنكرين لها والناعين على الأخذ بها (٢) ٠

---

(١) دكتور / مصطفى سيد أحمد صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣٢٣ ٠

(٢) دكتور / محمود عبد الرحيم الديب : الحيل فى القانون المدنى " دراسة مقارنة بالفقه الإسـلامى " ، الناشر دار الجامعة الجديدة للنشر ، ص ٩٦ ٠

وانظر فى تفصيلات تعريف الحيلة فى المذاهـب الفقهيـة الكـبرى " الحنفيـة ، المالكيـة ، الشـافعية ، الحنابلة " ، ص ٩٧ : ١٠٧ من نفس المرجع ٠

وعرف ابن القيم الحيلة بأنها " نوع مخصوص من التصرف والعمل الذى يتحـول بـه فاعله من حال إلى حال ، ثم غلب عليها بالعرف استعمالها فى سلـوك الطرق الخفية التى يتوصل بهـا الرجـل إلى حصـــول غرضـــه ، بحيث لا يتفطـن لـه إلا بنـوع مـن الذكـاء والفطنة (١) . ويعد هذا التعريف – فى تقديرنا – هو أسلم التعاريف التى قال بها فقهاء الشريعة ، والتى جاءت فى أغلبها قاصرة ، لأنهـم فـى هـذا الصـدد قـاموا بالـتركيز فـى التعريف على نوع واحد من الحيل ، ألا وهي الحيل المحرمة (٢) ، بينما أهملوا الحيل غير المحرمــة .

ثانيا : تميز الحيلة عما قد يشتبه بهـا :

ينبغى علينا أن نميز بين الحيلة وبين بعض الاصطلاحات الفقهية لقوة التشـابه بينهمـا . وحتى يتسنى لنا أن نقف على مفهوم الحيلة فى الفقه الإسلامى .

أ – الحيلـة والرخصـة :

الرخصة هى تشريع استثنائى جـاء بـــه الإسـلام ، ودعـا النـاس إلى العمـل بـه ، لأن كل أمر شاق جعل الشـارع فيـه للمكلـف مخرجـا ، وقصـد الشـارع بذلـك المخـرج أن يتحراه المكلف مـتى وجـدت أسبابـــه – فإذا خـرج المكلـف مـن هـذا المخـرج علـى الوجه الذى شرع له ، كان ممتثلاً لأمـر الشارع ، آخذا بالحزم فى أمره ، وإذا لم يفعـل

(١) ابن القيم الجوزية : أعـلام الموقعـين ، الجزء الثالث ، طبعـه مطبعـة النهضـة الجديـدة ، ١٩٦٨ ، ص ٢٤٠ .

وقد عرف ابن تيمية الحيلة بقوله : " الحيلة أن يقصد سـقوط الواجـب ، أو حـل الحـرام ، بفعـل لم يقصد به ما جعل ذلك الفعل له " . وعرفها الشاطبى بأنها : " تقديـم عمـل ظـاهر الجـواز لابطـال حكم شرعى ، وتحويله فى الظاهر إلى حكم آخـر ، فمآل العمـل فيهـا خـرم قواعـد الشـريعة فـى الواقع " . وقال ابن قدامة أن من يلجأ إلى الحيلة إنما يريد " أن يظهر عقدا مباحا يريـد بـه محرمـا ، مخادعة وتوسلا إلى فعل ما حرم الله واستباحه محظوراته ، أو إسقاط واجب ، أو دفع حق " . انظـر فى ذلك دكتور / نجاشى على إبراهيم : الحيل فى الفقه الإسلامى ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر عام ١٩٧٣ ، ص ٧ وما بعدها .

(٢) إعمالا لقول الرسول ﷺ : " لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل " .

ذلك وأراد الخروج من الضيق بغير وجهة المشروع ، فإنه يقع في المحظور من ناحيتين : أحدهما : مخالفته لقصد الشارع ، والثاني : سد أبواب التيسير على نفسه (١) .

وإذا كانت الرخصة على هذا النحو تشريع استثنائي ، فمعنى ذلك أنه دل عليها دليل ، فقد قام الدليل في كل أنواعها مشيرا إليها . وهي بهذا تختلف عن الحيلة تماما . ذلك أن الحيلة رغم انتقالها من حكم إلى حكم - وهذا ما يجعلها شبيهة بالرخصة - إلا أن الحكم الأول قام عليه الدليل ودل عليه ، بخلاف الحكم الثاني المقرر بواسطة الحيلة . فلم يقم عليه دليل ، وبالتالي ليس تشريعا بعكس الحال في الرخصة .

وتتفق الرخصة مع الحيلة في أن كلا منهما يؤدي إلى الانتقال بالحكم - في الموضوع الواحد - من الشده إلى اليسر ، فالرخصة تنقل الحكم من العزيمة إلى الرخصة ، تخفيفاً على العباد ، وتيسيرا عليهم ، ويتم ذلك بالانتقال من الحكم الشرعي إلى حكم شرعي آخر أيسر وأخف من سابقه . والحيلة تنقل الحكم من التشريع الأصلي إلى اجتهاد شخص تخفيفا على المحتال وتيسيرا عليه ، ويتم ذلك بالانتقال بالحكم الشرعي الأصلي إلى حكم آخر لا يتفرع عن الحكم الأصلي إلا في نظر المحتال ، ولا تؤدي إليه نصوص الشريعة .

ويمكن إيجاز الخلاف بين الرخصة والحيلة فيما يلي :

١ - المترخص لا يخشى إطلاع الناس على حاله ، لأنه سلك الطريق المعهود الذي شرعه الله للعباد ، بخلاف الحال بالنسبة للمحتال فإنه يعمل جاهدا على ألا يطلع أحد على أفعاله خشية افتضاح أمره ، وذلك لأنه سلك الطريق غير المعهود الذي لا تقره النصوص الشرعية . هذا إذا كانت الحيلة مذمومة ، أما إن كانت مشروعة فإن التفرقة تدق بينها وبين الرخصة ، ومع ذلك تظل تلك التفرقة قائمة إذ الرخصة أمر مشروع في الدين وجاءت به نصوص صريحة ، بخلاف الحيلة المشروعة فإنه لا توجد نصوص تنهض دليلا عليها .

---

(١) الموافقات للشاطبي ، الجزء الأول ، طبعة دار الفكر ، ص ٢٤٠ .

٢ – المترخص يصل إلى غرضه من جهة الشرع الحكيم ، بخلاف المحتال – فى الحيل المذمومة – فإنه يصل إلى غرضه من غير الوجهة المشروعة ، وفى الحيل المشروعة لا يصل المحتال إلى غرضه إلا بالاجتهاد وإعمال الرأى والفكر .

٣– الرخصة جزء من الشريعة التى شرعها الله عز وجل لعباده ، وجاءت على لسان نبيه ﷺ ، وتضمنتها أصول الأدلة نصا فى مقابله دليل شرعى آخر ثابت بالأدلة أيضا هو " العزيمة " ، فالرخصة تشريع استثنائى . أما الحيلة فليست شريعة مستنده إلى دليل فى مقابلة شريعة أخرى مستنده إلى دليل سابق عليها ، وإنما هى محاولة ذهنية وعقلية بهدف الانتقال والتحول من حكم شرعى ثابت بالأدلة إلى حكم آخر ثابت بالرأى ، وذلك بناء على فهم خفى لا يفطن إليه عادة إلا أصحاب العقول النيرة . فالرخصة إذن جزء من الشريعة جاءت وحياً وثبتت دليلا وقامت تخفيفا ، أما الحيلة فليست كذلك .

٤– أخيرا نجد أن مسوغات الرخص تختلف عن مسوغات الحيل ، فالرخص تقوم على الخوف من تلف النفس أو الأعضاء أو توقع ضررا شديدا ينشأ عنه حرج زائد . ومن ثم تأتى الرخصة متنوعة على حسب تفاوت هذه المسوغات فى معيار الضرر قوة وضعفاً . فى حين نجد أن مسوغات الحيل تختلف بحسب غرض المحتال نفسه ، وما إذا كانت حيلة مشروعة أو غير مشروعة ، فلكل حيلة هدفها الكامن فى نفس المحتال (١) .

ب– الحيلة والتقية :

قد تلجىء الضرورة المكلف أن يرتكب فعلا أو يتلفظ بقول لم يرد النص بإباحته شرعا ، مع اطمئنان قلبه بما ورد به النص ، وفى هذه الحالة يكون قد خالف النصوص مخالفة ظاهرة وهو يعلم بهذه المخالفة ، واضطر إلى ذلك لظروف عصيبة قد يكون فيها حقنا لدمائه أو إبقاء لحياته . كمن يمالىء السلطان – مخالفا بذلك نصا شرعيا أو حكما فقهيا – خوفا من جبروته وفرارا من طغيانه . مثل هذا الفرض يطلق عليه الفقهاء " التقيه " ويسمى الشخص القائم بالفعل " متق " .

(١) دكتور / محمود عبد الرحيم الديب : الحيل فى القانون المدنى " دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى" . ص ١٢٤ – ١٢٥ .

وبالنظر الدقيق فى معنى التقيه ، يلاحظ أن هنـاك تشـابها بـين الحيلـة والتقيـه . ويعـد الاتفاق بين الحيلة والتقيه أمرا ظاهرا ، فكل منهما عبارة عن سـلوك لم يعتـده النـاس فـى حياتهم العادية ، فالمحتال يظهر سلوكا معينا يقصـد بـه الوصـول إلى غرضـه ومصلحتـه ، وهو نفس القصد الذى يقصـده المتقـى بتقيته ، فكلاهما سواء فى أن ما صـدر منهمـا لا يعبر عن قصد صحيح أو إراده معتبره ، لأن ما فى داخل النفس يختلف تماما عما ظهر احتيالا أو تقيه . ومن شدة الشبه بين الحيلة والتقية ذهب فقهاء الأحناف إلى عدم الأخـذ بالتقيه ، بل هـى فـى نظرهم حيلة من الحيل واعتبروها لونا خاصا بأهله – وهم الشيعة – لأنها تتصل بعقيدتهم ، وأيضا لم يأخذوا بها لما فيها من التكلـف والمبالغـة التى لم يقـم عليها دليل ناهض .

ومع هذا التشابه الكبير بـين التقيـه والحيلـة ، إلا أن الخـلاف بينهمـا لا يـزال قائمـا ، فالحيلة يستعملها المكلف للوصول إلى مصلحته ، وذلك بالاحتيـال علـى النصـوص التـى تقف حائلا فـى طريقـه ، وذلك إذا كانت الحيلة غير مشروعـة ، أو النصـوص التـى لا تؤدى إلى غرضه إلا بنـوع مـن التدبـر والاجتهـاد ، إذا مـا كـانت الحيلـة مشروعة . وذلك بخلاف التقيه التى لا تصطدم – غالبا – بالنصوص فى المعنى . يضاف إلى ذلك أن المحتال يلجأ إلى الحيلة المشروعة لينعم بما يمكن أن يكون يسرا فى الدين ، وحتى لا يظهـر بمظهر من يتحدى الشريعة ، ، أو الوصول إلى غرضه المنشـود إذا مـا كـانت الحيلـة غير مشروعة ، ومن ثم فإن مجال الحيل هو الفقه كل الفقه ، حيث أنها لا تمانع من الظهور بما تخالف الشريعة ، مع الاكتفاء بما يحفظـه القلـب ، بمـا ليـس مثـل الظـاهر ، درءا للخطر والتهازا لفرصة مواتيه ، لأنها تستعمل عند خوف الوقـوع فـى خطـر مـن جـراء إعـلان الشخص الحقيقة ، وإظهار العقيدة (١) .

(١) دكتور / على حسن عبد القادر : نظرة عامة فى تاريخ الفقه الإسلامى ، الطبعة الثالثة ، ١٩٦٥ ، ص ٢٣٨ .
دكتور / نجاشى على إبراهيم : الحيل فى الفقه الإسلامى ، ص ٣٩٦ .
دكتور / محمود عبد الرحيم الديب : الحيل فى القانون المدنى " دراسة مقارنة بالفقه الإسـلامى " ، ص ١٢٦ – ١٢٨ .

جـ - الحيلـة والذريعـة :

الذريعة فى اللغة تعنى : " ما كان وسيلة وطريقا إلى الشيء " ، ثم صارت فى عرف الفقهاء عبارة عما أفضت إلى فعـل محرم ولـو تجـردت عـن ذلـك الإفضـاء لم يكـن فيهـا مفسدة ، ولهذا قيل الذريعة الفعل الذى ظاهره أنه مباح وهو وسيلة إلى فعل المحرم ، وأن سد الذرائع على هذا النحو هو منع ما يجوز منهـا إذا كـان موصـلا إلى مـالا يجـوز (١) . وبذلك فإن الذرائع تشتبه بالحيل وتختلط بها ، ولذلك فإن المكلف يمنع من الفعـل المبـاح الذى يؤدى إلى الحرام ، لأنه لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضـى إليها ، كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بهـا ، فوسـيلة المقصـود تابعـه للمقصـود . ومعنى هذا أن مبدأ سد الذرائع يعنى المنع من الحلال مخافة الوقوع فى الحرام .

وتتفق الحيلة مع الذريعة فى أن كل منهما يقوم على التوسل بما هو مصلحة إلى ما هو مفسدة ، ويؤكد هذا التشابه الكبير بين الحيلة والذريعة ، أن المالكية والحنابلـة - وهمـا من أشد المعارضين للحيل - اختلفوا فى بعض الجزئيات ، هل هى حيلـة يجـب إبطالهـا أم ذريعة يجب سدها (٢) .

ومع هذا التشابه الكبير بين الحيل والذرائع ، إلا أن الاختلاف بينهما واضحا ويمكـن إجماله فى النقاط الآتية :

١- الذرائع تؤدى إلى المفسدة ولذا وجب سـدها ، بخـلاف الحيـل فإنهـا وإن كـانت تؤدى إلى هـدم قواعد الشريعـة - غالبـا - إلا أنها قـد تؤدى إلى مصلحة مشروعة .

---

(١) دكتور / عبد القادر محمد أبـو العـلا : الذرائـع فـى الفقـه الإسـلامى ، بحـث منشـور بمجلـة كليـة الشريعة والقانون بأسيوط ، العدد الثانى ، ١٩٨٤ ، ص ١٣٦ وما بعدها .

(٢) من أمثلة ذلك بيع العينة ، وهو أن يستقرض رجل آخر شيئا فلا يقرضه قرضا حسنا ، بـل يعطيـه عينا ويبيعها من المقترض بأكثر من القيمة ، وقد سميت بذلك لأنها أعـراض عـن الديـن إلى العيـن . فقد ذهب الإمام " مالك " إلى أن مسألة العينة من الذرائع التى يجب أن تسد ، فى حين ذهب " ابن القيم " إلى أنها من الحيل الواجب إبطالها ، على اختلاف بين مبطلوا الحيل فى إبطـال العقـد الأول وحده أو الثانى وحده أو هما معا . دكتور / محمود عبد الرحيم الديب : الحيل فى القانون المدنـى " دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى " ، ص ١٣٣ .

ومن ثم لا يجوز إبطالها .

٢- الذرائع يجب سدها ولو لم يقصد صاحبهـا الوصـول إلى المفسـدة ، بخلاف الحيـل فإنها لا تبطل إلا إذا ظهر قصد صاحبهـا ونيته فى هـدم قواعـد الشـريعة ، ولهـذا تثـور مسألة الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة بالنسـبة للحيـل ، علـى خـلاف بـين الفقهـاء فـى أيهما أولى بالاعتبار . بيد أن هذه المسألة لا تثو ر بالنسبة للذرائـع ، فهـى مـن الواجـب سدها قصد صاحبها المفسدة أم لم يقصد .

٣- الحيل - خاصة غير المشروعة - أعم من الذرائع ، لأن الاحتيال من أجل إسـقاط حكم شرعى ، ما هو إلا ذريعة لانتفاء الحكم عن المحتال ، فكل حيلـة تـؤدى إلى مفسـدة تعتبر ذريعة يجب أن تسد ، ومن هنا كانت كـل حيلـة ذريعة وليس العكس ، فالذريعـة لا تكون حيلة لعدم وجود القصد فيها غالبا (١) .

ثالثا : أنواع الحيل :

قسم الفقهاء المسلمين الحيلة إلى عدة أقسام ، تختلف بحسـب الزاويـة التـى ينظـر فيهـا إليها . فهى تنقسم من حيث صورتها إلى حيلة قولية أو لفظية ، وحيلة عمليـة . وتنقسـم من حيث غايتها التى تهدف إليها إلى حيلة مشروعة ، وحيلة محظوره . وتنقسم من حيث حكمها إلى حيل محرمة أو مذمومة ، وحيل غير محرمة أو محموده .

ويعد أهم هذه التقسمات فى الواقع هو التقسيم الذى ينظـر إلى الحيلـة اعتمـادا علـى الغاية المقصوده منها والغرض الذى ترمى إليه ، ولذلك فسوف نستعرض المقصود منه .

أ - الحيل المشروعـة :

وهى الحيل التى ترمى إلى غاية مشروعة ، وتنقسم إلى أنواع ثلاثة :

النوع الأول : وتكون الوسيلة فيه مشروعة ، وما يترتب عليها مشـروع . ويقصـد بـه استعمال الأسباب التي وضعها الشارع مفضية إلى مسبباتها ، مثل اسـتعمال البيـع لنقـل الملكية ، والايجار للحصول علـى منفعـة الشيء المؤجر . وهذا النوع من الحيل لا يختلف

(١) دكتور / محمود عبد الرحيم الديب : الحيل فى القانون المدنى " دراسة مقارنة بالفقه الإسـلامى " . ص ١٣٤ .

الفقه فى صحته ، فهو شرع الله وأمره . ونحن نميل مع بعض الفقهاء المعاصرين إلى القول بأن هذا النوع لا يعد فى حقيقته من قبيل الحيل بالمعنى الذى نقصده (١) . إذ أنه لا ينطوى على أية مخالفة للحقيقة أو للواقع الملموس ، كما أنه لا يرمى إلى تعديل حكم الشرع أو إلى استبعاد تطبيقه .

النوع الثانى : وتكون الوسيلة فيه مشروعة ، وما يترتب عليها مشروع ، إلا أن هذه الوسيلة قد وضعت لتحقيق غرض آخر غير الغرض الذى استعملت من أجله ومثال ذلك أن يتزوج الرجل من المرأة ليعتز بأهلها ، أو ليستعين بمالها فيما لا يغضب الله (٢) . فمثل هذا النوع من الحيل صحيح وجائز شرعا ، لأنه وإن كانت الغاية الأساسية من الزواج هى النسل والعفة عما حرم الله ، فإن زواج المرأة لمالها ، أو للاستنصار بأهلها لا يتعارض وهذه الغاية الأساسية (٣) .

النوع الثالث : وتكون الوسيلة فيه غير مشروعة ، ولكن الغاية التى تترتب عليها مشروعة . ومثال ذلك استعانة الدائن بشهود زور لكى يثبت حقه الذى ينكره المدين كذبا ، وقد اختلف الفقهاء فى شأن هذا النوع من الحيل ، فمنهم من يحرمه (٤) . ومنهم من يرى أنه صحيح ولكن الإنسان يأثم على الوسيلة وحدها (٥) .

ب – الحيل المحظورة :

وهى ما كانت الغاية منها غير مشروعة . وتنقسم هذه الحيل بدورها إلى نوعين :

---

(١) فضيلة الشيخ / محمد أبو زهرة : أبو حنيفة ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٥ ، ص ٤٢١ .

دكتور / صوفى أبو طالب : مبادىء تاريخ القانون ، ص ٣١٤ .

(٢) الشيخ / محمد عبد الوهاب بحيرى : الحيل فى الشريعة الإسلامية ، ص ٢٥ .

دكتور / عبد السلام ذهنى: الحيل المحظور منها والمشروع، طبعة ١٩٤٦ ، فقره ٦٧ مكرر (٥) .

(٣) دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ٧٣ .

(٤) الشيخ / محمد عبد الوهاب بحيرى : الحيل فى الشريعة الإسلامية ، ص ٢٥ .

دكتور / عبد السلام ذهنى : الحيل المحظور منها والمشروع ، فقرة ٦٧ مكرره (٥) .

(٥) ابن القيم الجوزيه : أعلام الموقعين ، الجزء الثالث ، ص ٣٣٥ .

دكتور / نجاشى على إبراهيم : الحيل فى الفقه الإسلامى ص ٥٣٦ .

النوع الأول : وفيـه تكـون الوسيلـة مشـروعة ، ولكـن قصـد بهـا الوصـول إلى محـرم .ومثال ذلك السفر لقطع الطريق أو القتل ، والبيع للحصول علـى الربـا ، وهبـة المال قبيل تمام الحول ثم استعادته ثانية بقصد الفرار من الزكاة . مثل هذا التحـايل محـرم بلا خلاف، ذلك أنه وإن كانت الوسيلة مشروعة فى جميع الصور السابقة ، إلا أنهـا قـد استعملت بقصد الوصول إلى أمر محرم (١) .

النوع الثانى : وتكون الوسيلة فيه غير مشروعة ، وتفضى إلى غايـة غـير مشـروعة. مثال ذلك من متناول المسكر ليسقط عنـه فـرض الصـلاة ، والتحـايل علـى فسـخ عقـد الزواج بالردة . وهذا النوع من الحيل واضح الحظر والتحريم (٢) .

رابعا : مدى مشروعية الحيلـة فى الفقه الإسلامى :

انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية فى شأن مشروعية الحيلة إلى آراء ثلاثة . فبينما ذهب رأى إلى إجازتها بإطلاق ، نجد رأيا آخر قد ذهب إلى منعها بإطلاق ، أمـا الـرأى الثـالث فقد فرق أصحابه بين الحيل التى تهدف إلى مصلحة مشـروعة فأجازوهـا ، والحيـل التـى تهدف إلى مصلحة غير مشروعة فحرموها (٣) . وسنعرض لهذه الآراء الثلاثة بشـيء مـن التفصيل .

الرأى الأول : إجازة الأخذ بالحيل بإطـلاق :

يرى أصحاب هذا الـرأى إجازة الأخـذ بـالحيل ، ويسـتندون فـى ذلـك إلى الكتـاب والسنة ، فقد أخذوا قصه نبى ا لله " أيوب " وقصه نبى ا لله " يوسف " مـع أخيـه والتـى حكى عنها القرآن ، دليل على جواز الحيل . كما اسـتندوا إلى بعـض أحـاديث الرسـول ﷺ ، ومنها قوله لمن أتاه يخبره بأنه حلف بطلاق زوجتـه ثلاثا أنـه لا يكلم أخاه " طلقها

---

(١) ابن القيم الجوزية : أعلام الموقعين ، الجزء الثالث ، ص ٣٣٥ .

(٢) دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ٧٤ .

(٣) دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ٧٥ .

واحدة ، فإذا انقضت عدتها ، فكلم أخاك ثم تزوجها " (١) . كما يستندون إلى أن إجراء الأمور والتصرفات على ظاهرها يؤدى إلى استقرار المعاملات بين الأفراد ، مع ترك ما أضمره الإنسان إلى الله عز وجل (٢) .

الرأى الثانى : منع الأخذ بالحيل بإطلاق :

يرى أصحاب هذا الرأى – على عكس أصحاب الرأى السابق – عدم إجازة الحيل ، أستنادا إلى أن سلوك المسلم ينبغى أن يكون موائما فى ظاهره وباطنه لما شرعه الله . وإستنادا إلى حديث الرسول ﷺ " لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود ، فتستحلوا ما حرم الله بأدنى الحيل " .

ونعتقد – مع جانب من الفقه – إلى أن القائلين بهذا الرأى قد تأثروا إلى حد بعيد بحيل المتأخرين من ضعاف النفوس ، التى قصد بها قلب أحكام الشريعة الثابتة بفعل ظاهر الصحة ، ولكنه فى حقيقته محرم . وتلك هى الحيل المحظورة وقد وضح هذا فى تعريفهم للحيلة (٣) . بيد أنه تناسوا القسم الآخر من الحيل ، وهى الحيل المشروعة التى لا تهدم مصلحة شرعية ، وإنما يقصد بها إثبات حق أو دفع ظلم أو التيسير على الناس (٤) .

الرأى الثالث : التفرقة بين الحيل المحظورة والحيل المشروعة :

يتجه أصحاب هذا الرأى إلى التفرقة بين الحيل المحظورة ، والحيل المشروعة . وهم يمنعون الأخذ بالنوع الأول ، ويجيزون الأخذ بالنوع الثانى . وهذا الرأى يعد

---

(١) السرخسى : المبسوط ، الجزء الثلاثون ، ص ٢٠٩ .

(٢) دكتور / نجاشى على إبراهيم : الحيل فى الفقه الإسلامى ، ص ٥٤٦ .

دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ٧٦ .

(٣) دكتور / محمد الخضرى : تاريخ التشريع الإسلامى ، الطبعة التاسعة ، ١٩٧٠ ، ص ٢٠٤ .

(٤) دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ٧٦ .

– فى اعتقادنا – أسلم الآراء الثلاثة (١) . والواقع فإن الباحث فى المذاهب الإسلامية لا يسعه إلا أن يقرر أن الفقهاء فى المذاهب الأربعة قد استعانوا بالحيل المشروعة ، بالرغم مما يبدو من أن الإمامين مالك وأحمد بن حنبل كانا يحرمان الأخذ بها بإطلاق (٢) ، وأن الاستعانة بها كانت عاملا هاما من عوامل نمو الفقه الإسلامي وتطوره (٣) ٠

(١) الشيخ / محمد عبد الوهاب بحيرى : الحيل فى الشريعة الإسلامية ، ص ٣٠٥ ٠

(٢) دكتور / محمد سلام مدكور : المدخل للفقه الإسلامى ، طبعة ١٩٦٣ ، ص ٢٤٧ ٠

(٣) دكتور / نجاشى على إبراهيم : الحيل فى الفقه الإسلامى ، ص ٥٤٦ ٠

دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ٧٧ ٠

المبحث الثانى
أثر الحيلة فى الفقه الإسلامى

من المسلم به أن الحيلة لم يكن لها دورا بارزا فى تطوير أحكام الشريعة الإسلامية ، إلا أن الفقهاء المسلمون قد أستعانوا بالحيلة فــى حــالات محدودة ، إما بقصــد تــبرير بعــض النظم القائمة فعلا حتى يسهل فهمها وإدراكها ، وإما لتخفيف آثار بعض النظــم ، وإمـا بقصد استحداث بعض النظم الجديدة ٠

أولا : دور الحيلة فى تبرير بعض النظم القانونية :

اضطر الفقهاء إلى استعمال الحيلـة فى تصويـر بعـض النظـم القانونيـة – سـواء نظـم القانون العام أم القانون الخاص – تصويرا خياليا لتبريرها حتى يسهل على النـاس فهمهـا وحتى يمكن ضبطها . ومن أمثلة ذلك :

أ – تبرير ظاهرة الدولة وأساس السلطة السياسية والحكم :

استعان الفقهاء المسلمون بالحيلة " الافتراض القانونى " لتبرير ظاهرة الدولة ، وأســاس السلطة السياسية فيهـا ، فضـلا عـن تحديـد العلاقـة بـين ولاة الأمـور والرعيـة ، وذلـك بافتراض وجود عقد بين الإمام والأمة أو بين الحـاكم والمحكومـين ممـن يسـوس أمورهـم . وهو عقد مفترض لا وجود له فى الحقيقة بل هو تصوير خيالى بين ولى الأمر والأفراد فـى المجتمع . وبمقتضى هذا العقد المبرم بين الخليفة والأمة أو الإمام والرعيـة يسـتمد الخليفـة سلطته من الأمة ، وله مثل الرعية نفس الحقوق وعليه نفس الواجبات ، وان كان أثقلهم حملا لها . ويكفل هذا العقد للرعية كافة الحقوق والحريات فى إطار من مبـدأ المسـاواة . ويبقى الإمام فى حكمه ما دام صالحا له مؤديا لواجباته حاكما بأحكام الشرع الحنيـف . وغاية النظام القائم على هذا العقد هو حفظ الدين وحراسته ، وسياسة أمور الأمة ليصل بالناس جميعا إلى خير الدنيا والآخرة معا (١) ٠

---

(١) دكتور / عبد العزيز شوكت : البدر الساطع فى أصول النظم والشرائع ، ص ٤٠٦ ٠

ب – ملكية التركة :

من القواعد المقررة فى الفقه الإسلامى أنه " لا تركه إلا بعد سداد الديون ". وتطبيق هذه القاعدة يؤدى إلى أن ملكية التركة لا تنتقل إلى الورثة إلا بعد سداد الديون ، وبذلك يمتنع على الورثة التصرف فى أموال التركة لحين سداد ديونها . وفى نفس الوقت فقد زالت ملكية المالك لأموال التركة بوفاته ، فلمن تكون ملكية التركة فى الفترة ما بين وفاة المورث وتسديد الديون ؟ ، الحقيقة أنه ليس لدينا مالك فى تلك الفترة ويترتب على ذلك أنها تكون سائبة . ولتفادى تلك النتيجة لجأ الفقهاء إلى الحيلة بفرض أن المورث حى حتى تسديد ديونه ، ويترتب على ذلك أنه يظل مالكا حكما لأموال التركة حتى تسديد ديونها ، ومن ثم لا تكون التركة سائبة ، وفى نفس الوقت لا يستطيع الورثة التصرف فى أموال التركة قبل الوفاء بدينها لأنها لم تصبح بعد مملوكه لهم (١) .

جـ – توريث الحمل :

القاعدة العامة فى الفقه الإسلامى أن الشخصية القانونية تبدأ بولادة الإنسان حيا ، ولعل تطبيق هذه القاعدة – على ما هى عليه فى ظاهرها – من شأنه أن يرتب حرمان الجنين من الإرث لأنه لم يكن مولودا وقت وفاة مورثه ، وهى نتيجة سوف يترتب عليها الإجحاف بحقوق هذا الجنين حينما يولد . ومن ثم قرر الفقهاء المسلمون ، وحتى يمكن تفادى هذه النتيجة ، حيلة مفادها اعتبار الجنين شخصا حيا قبل ولادته إذا توفى المورث أثناء حمله ومن ثم يستحق نصيبه فى التركة (٢) .

د – ميراث المفقود :

القاعدة فى الشريعة الإسلامية – كما هو فى القوانين الحديثة – هى أن الميراث خاص بتركة المتوفى . ولكن قد تحيط بالشخص ظروف معينة لا يعرف معها على وجه اليقين

---

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٣٤ .

(٢) دكتور / هشام على صادق ، دكتور / عكاشة محمد عبد العال : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٥٤ .

ما إذا كان حيا أو ميتا ، ويسمى لذلك بـالمفقود . فإذا انتظرنـا إلى أن يتبـين وضـع هـذا الشخص من الحياة أو الموت مهما طال الزمن فإن ذلك قد يضر بمصالح من هم الحق فـى ميراثه ، ولذلك لجأ الفقهاء إلى افتراض موته إذا مضت مدة زمنية معينة ، ويعتبر المفقـود على هذا النحو مورثا حكما كالميت حقيقة ، وبالتالى توزع أمواله على ورثته (١) .

ثانيا : دور الحيلة فى تخفيف آثار بعض النظم القانونية :

لجأ فقهـاء الشـريعة الإسـلامية إلى الحيـل لتخفيـف الآثـار المترتبـة علـى بعـض النظـم القانونية ، ويتم ذلك غالبا عن طريق بعض العقود التى يلجأ إليها الناس ليتوصلوا بها إلى أغراض مشروعة يحول دون تحقيقها تطبيق الأحكـام التفصيليـة والشـروط التـى وضعهـا الفقهاء لصحة التصرفات القانونية ومن أمثلة ذلك :

أ - عقد المضاربة :

يعتبر صاحب العمل فى المضاربة أمين ، ومن ثم لا يضمن المال الذى يسـلمه لـه رب المال ، ولا يستطيع رب المال اشتراط الضمان فى عقد المضاربة لأنه شـرط غير صحيـح فى نظر الفقهاء (٢) . وبذلـك يكـون رب العمـل بالخيـار بـين أمريـن كلاهمـا ضاربـة : الامتناع عن المضاربة ، وفى ذلك حرمان له ولشريكه من النفع الذى قد يعود عليهمـا . ودفع المال إلى شريكه (صاحب العمل) بـدون ضمـان ، وفـى هـذه الحالـة يكـون مالـه عرضه للضياع .

وأما تلك القواعد التى وضعهـا الفقهـاء كقيـد علـى حريـة الأفـراد فيمـا يضعونـه مـن شروط اضطر النـاس إلى الالتجـاء إلى الحيلـة . والحيلـة هنـا هـى أن يقـدم رب المـال إلى صاحب العمـل المال علـى سبيـل القـرض ، ثم يدفع رب المال إلى صاحـب العمـل

---

(١) دكتور / مصطفى سيد أحمد صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣٣٠ .

(٢) عقد المضاربة ، وهو شبيه بشركة التوصية المعروفة فى القانون التجارى الحديث ، عبارة عـن عقـد شركة يقـدم فيهـا أحـد الشريكين (رب المـال) راس المـال ، ويقـوم الثـانى (صـاحب العمـل أو المضارب) باستثماره أى يقوم بالعمل . ويقسم الربح بينهما حسب شـروطهما ، ومـا ينقـص مـن راس المال يكون على رب المال .

مبلغا ضئيلا على سبيل المضاربة ، ثم يستغلان المبلغين (مبلغ القرض ومبلغ المضاربة) في التجارة بينهما ويتفقان على نصيب كل منهما في الربح وحريتهما فى هذا الصدد مطلقة .

وبذلك، تمكن رب المال عن طريق عقد القرض الصورى ، من استغلال ماله مع ضمان عدم ضياعه (١) .

ب – تصرفات المريض مرض الموت :

عملت الشريعة الإسلامية على حماية مصالح الورثة مجتمعين ، فلم تشأ أن تجعل للمورث – قبل وفاته – أن يفضل منهم فريقا على فريق .

ومن هذا المنطلق كان من الأصول المسلمة فى هذه الشريعة أن تصرفات المريض مرض الموت لأحد الورثة لا تكون نافذة فى حق بقية الورثة إلا إذا أجازوها . ولكن قد يحدث أن يكون المريض مرض الموت هذا مدينا فعلا بدين لأحد الورثة ، فكيف السبيل وهو لا يستطيع أن يتصرف له لأن تصرفه لن يكون نافذا إلا إذا أجازه الورثة ؟ . للتغلب على هذه الصعوبة عمد الفقهاء فى هذا الفرض إلى اصطناع حيلة مضمونها أن يقر المريض مرض الموت بالدين لشخص أجنبى أهل للثقة ويطلب إليه أن يقبض ذلك من ماله على أن يدفعه بعدئذ إلى الوارث الدائن (٢) .

ثالثا : دور الحيلة فى استحداث نظم قانونية جديدة :

توصل الفقهاء المسلمون إلى خلق نظم قانونية جديدة تحت ضغط ظروف المجتمع، وذلك عن طريق استعمال قواعد قانونية فى غير الغرض الذى وضعت من أجله. ومن أمثلة ذلك:

أ – الإقرار بالنسب :

لا تعرف الشريعة الإسلامية فكرة التبنى التى تعرفها القوانين الأوربية ، إذ قال تعالى : " وما جعل أدعياءكم أبناءكم ، أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله " (٣) . بيد أن

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : مبادىء تاريخ القانون ، ص ٣١٦ .

(٢) دكتور/هشام على صادق، دكتور/عكاشة محمد عبد العال: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص ٢٥٦

(٣) الآيتان : ٤ ، ٥ من سورة الأحزاب .

البعض لجأ إلى استخدام أحد طرق إثبات النسب الشرعى فـى الشـريعة الإسـلامية (١) . للوصول إلى فكرة التبنى التى لا تعرفها الشريعة الإسلامية أصلا . إذ من صور إثبات النسب الإقرار ،كالإقرار بالبنوة أو بالأخوة ، ومتى توافرت شروط الإقرار يثبت النسب ويترتب على ذلك الآثار الشرعية من قرابة ونفقة وتوارث ، فإذا قام الشخص بالإقرار بثبوت نسب طفل لقيط إليه فإن هـذا الإقرار يؤتى آثاره الشرعيـة متى توافرت شروط الإقرار بالنسب ، ويصل فى النهاية إلى تبنيه لهذا اللقيط (٢) . وبذلك يستعمل الإقرار لتحقيق أغراض شبيهة بالأغراض التى يحققها نظام التبنى المحرم فى الإســلام .

ب - بيع الوفـاء :

من الثابت أن التعامل بالربا محرم فى الشريعة الإسلامية ، ولكن الحاجة الاقتصادية قد تدفع البعض إلى الاقتراض ، فلا يجد من يقرضه . إذ لا فائدة دنيوية تعود على من عنده فضل من المال . ولذلك فقد تحايل البعض على تحريم الربا بمـا أسموه بيـع الوفـاء ، وهو عبارة عن عقد بيع يتم بين المقرض والمقترض ، بحيث يكون المقترض فى مركز البائع والمقرض فى مركز المشترى . وبمقتضاه تنتقل ملكية الشيء المبيع إلى المقرض فى مقابل الثمن الذى يدفعه إلى المقترض ، ويقترن هذا البيع بشرط فاسخ مقتضاه أن يرد المشترى (المقرض) الشيء المبيع إلى البـائع (المقـترض) إذا رد إليـه الثمـن خـلال مـدة معينـة . وبهذه الحيلة يتمكن البائع من الحصول على ما يحتاج إليه من مال ، ويحصل المقرض على فائدة تتمثل فى الانتفاع بالشيء المبيع حتى يرد إليه البائع الثمـن . وقـد اختلفـت آراء الفقهاء حول صحة هذا العقد (٣) ، وهل هو بيع معلق على شرط فاسخ أم هو رهن .

جـ - بيع العينـة :

لما كانت قواعد الشريعة الإسلامية تحرم التعامل بالربا ، فقد تحـايل النـاس علـى تلـك القواعد بطرق مختلفة تؤدى نفـس الغـرض مــع بقـاء حظر التعامل بالربا قائما . ومن

---

(١) النسب فى الشريعة الإسلامية يثبت بأحد أمور ثلاثة : الفراش والإقرار والبينة .

(٢) دكتور / فتحى المرصفاوى : تكوين الشرائع ، ص ١٩٦ .

(٣) دكتور / مصطفى سيد أحمد صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣٢٨ .

الأساليب التى لجأ إليها النـاس لتحقيـق هـذا الغـرض بيـع العينـة ، وصورتـه أن يشـترى إنسان شيئا بثمن مؤجل ثم يبيعه مرة ثانية إلى بائعه بثمن أقل من الثمن الذى اشتراه به وقد اثار هذا النوع من البيوع خلافا بين الفقهاء فأجازه البعض كالشـافعية والأحنـاف . بينما اعتبره المالكية والحنابلة باطلا (١) ٠

د - الحوالـة :.

يجيز الفقه الإسلامىّ انتقال الالتزام بين الأحياء من الناحية السلبية (حوالة الدين) . ولكنه يسمح بانتقال الإلتزام من الناحية الايجابية (حوالة الحق).ولكن عدم جواز حوالة الحق أثار صعوبات عديدة من الوجهة العملية،لذلك استعمل الفقهاء الحيلة للوصـول إلى نتائج قريبة من النتائج التى تترتب على حوالة الحق . ومن جهة أخرى استعملوا حوالـة الديـن لتحقيـق أغـراض غـير التى وجـدت مـن أجلهـا ، فهـى قـد وضعـت كطريـق لانتقال الالتزام من ناحيته السلبية ولكنهم اسـتعملوها لتحقيـق أغـراض متعـددة ، منهـا حوالـة الحق (٢) ، الوكالة بقبض الدين (٣) ، وأيضا كوسيلة لانقضاء الالتزام (٤) ٠

---

(١) دكتور / عبد العزيز شوكت : البدر الساطع فى أصول النظم والشرائع ، ص ٤١١ ٠

(٢) حوالة الحق . يمنح الدائن (المحيل) الشخص الذى يريد تحويل حقه إليـه (المحـال) توكيـلا بقبـض الدين من المدين (المحال عليه) ويهبه فى نفس الوقت ذلك الدين . وبذلـك يسـتطيع المحـال قبـض الدين بمقتضى التوكيل بالقبض ، ويستبقيه لنفسه بمقتضى الهبة ٠
وهناك طريقة أخرى للوصول إلى آثار حوالة الحق تتخلص فىأن يذكر دائما فى شروط التعاقد أن على المدين أن يفىبالدين لمن يطالبه بالوفاء،وبذلك يحصل الدائن علىقبول المدين للحوالة مقدما ٠
وقد يستعمل عقد البيع وحوالة الدين معا كحيلة للوصول إلى حوالة الحق. فإذا كان لشخص (أ) حق لدى شخص آخر (ب) واراد تحويل ذلك الحق إلى شخص ثالث (جـ) ، فإن (أ) يشـترى مالا زهيد القيمة من ذلك الشخص الثالث(جـ) مقابل ثمن يساوى قيمة دينه لدى المديـن (ب) ثم بعد ذلك (أ) يحيل (جـ) على (ب) ٠

(٣) تؤدى الحوالـة وظيفـة الوكالة بالقبض إذا لم يكن هناك دين فى ذمة المحيل (المدين الأصلى) ٠

(٤) قـد تستعمل الحوالة كطريق من طرق إنقضاء الإلتزام . فإذا كان (أ) مدين لآخر (ب) بمبلغ من المال ، وهو فى نفس الوقت دائن لـ (جـ) بمبلغ آخر، فإن (أ) يحيل (ب) فى قبض الدين=

الفصل الثالث
نظرية الافتراض فى الفكر القانونى الحديث

لم يعد للافتراض فى القوانين الحديثة نفس الدور الذى كان يؤديه فى القوانين القديمة ، ذلك أن الأسباب والدوافع التى أدت قديما إلى استعماله واللجوء إليه كوسيلة لتطوير القانون لم يعد لها وجود فى العصر الحديث . أضف إلى ذلك أن التشريع ، وهو المصدر الرئيسى لمعظم القوانين المعاصرة ، أصبحت قواعده مرنة ، وتتلائم مع ظروف المجتمع المتغيرة ، لدرجة يمكن معها القول بأن كل تطور للمجتمع يلحق به غالبا – أو يسبقه – تطور فى التشريع يتلائم معه (١) .

فقد كانت قدسية النصوص وتكاسل المشرع والتطور البطىء للقواعد القانونية من أهم الأسباب التى دفعت المجتمعات القديمة إلى الأستعانة بالافتراض لتعديل قوانينها . وهذه الأسباب لا وجود لها فى المجتمع الحديث (٢) ، حيث لم يعد ينظر إلى النصوص القانونية بوصفها تجسيدا لأحكام مقدسة لاتطال بالتعديل ، وإنما أصبح ينظر إلى القوانين بوصفها قواعد من صنع البشر هدفها تحقيق وتنظيم العلاقات الاجتماعية فى المجتمع . وما دامت من صنع البشر فإنه يمكن لهم أن يعدلوا منها أو يغيروها ، وطالما هى موضوعه لخدمة وتنظيم علاقات الناس فى المجتمع فإنه يلزم تعديلها دوما بما يتلائم والتغيرات أو التطورات التى تلحق هذا المجتمع . كما يتلاحظ فى هذا الصدد ، أن التشريع فى العصر الحديث هو المصدر الرئيسى للقانون فى معظم التشريعات ، والمشرع الحديث لا يألوا جهدا فى مواجهة كل جديد فيضع له القواعد التى تتفق معه ، وهو ينشىء أو يعدل من

= من (جـ) ، وبعد قبض الدين تقع المقاصه بين دين كل من (أ) و (ب) . انظر دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٣٦ ، ٢٣٧ والهامش .

(١) دكتور / مصطفى سيد أحمد صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣٣٦ .

(٢) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٣٨ .

النظم القانونية حسبما تقتضيه الحاجة (١) ٠

من أجل ذلك قل الالتجاء إلى الافتراض فى الفكر القانونى الحديث ، بيد أن هذا القول لا يمنع من ملاحظة بعض الحالات التى يلجأ فيها الفقه والقضاء ، بل والمشرع نفسه إلى استعمال الافتراض كوسيلة من وسائل تطور القانون فى بعض الحالات المحدودة (٢) . ويتجه الرأى الغالب فى الفقه إلى أن دور الافتراض فى القانون الحديث يكاد يقتصر على تبرير بعض النظم القانونية وتصويرها فى صورة إفتراضات نظرية حتى يسهل فهم القانون ، وحتى يمكن حصر الحالات التى تنطبق فيها قاعدة من القواعد القانونية (٣) ، سواء فى مجال القانون العام أو فى مجال القانون الخاص ٠

---

(١) دكتور / هشام على صادق ، دكتور / عكاشة محمد عبد العال ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٥٩ ٠

(٢) دكتور / فتحى المرصفاوى : تكوين الشرائع ، ص ٢٠٢ ٠

(٣) دكتور / صوفى أبو طالب : مبادىء تاريخ القانون ، ص ٣٢١ ٠

ويذهب الدكتور عبد العزيز شوكت إلى أن " الفقه والقضاء على السواء بدورهما قد استعانا بالافتراضات القانونية لاستحداث نظم قانونية جديدة ، ومن أمثلة ذلك ما حدث فى القانون المدنى المصرى بشأن الاشتراط لمصلحة الغير ، لتفادى الآثار التى تترتب على القاعدة العامة التى ورثها القانون الحديث من القانون الرومانى والتى تقضى بأن العقد لا يفيد ولا يلزم غير طرفيه ، مما أدى إلى استعانة الفقه والقضاء بالافتراض حتى يتسنى استفادة الشخص من عقد لم يكن طرفا فيه ، وقد كان ذلك مدعاة لظهور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير فى القانون الحديث وانتشار نظام التأمين الذى يعتبر من أهم تطبيقات هذه القاعدة . وقد سجل القانون المدنى المصرى هذا الاتجاه ، حيث نصت المادة ١٥٢ على أنه (يجوز للغير أن يكتسب حقا من عقد لم يكن طرفا فيه) . ومما هو جدير بالبيان أنه قبل تدخل الأداة التشريعية لتسجيل هذا الاتجاه الجديد ، فإن الفقه والقضاء لم يترددا فى الاستعانة بالافتراضات القانونية ، والتى كانت مخالفة للواقع وعاجزة فى نفس الوقت عن تقديم تفسير معقول لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير " انظر مؤلف سيادته : البدر الساطع فى أصول النظم والشرائع ، ص ٤١٦ ٠

المبحث الأول
الافتراض فى مجال القانون العام فى الفكر القانونى الحديث

يعتبر أهم تطبيقات نظرية الافتراض فى مجال القـانون العـام ، هـى تلـك النظريـة التـى تؤسس العلاقة بين الحكام والمحكومين على فكرة " العقد الاجتماعى " (١) .

ففى القرن السابع عشر بدأ المفكرون والفلاسفة فى البحـث عـن تـبرير العلاقـة التـى تربط الأفراد بالدولة ، والأساس الذى يقوم عليه النظام السياسى للمجتمع (٢) . وعلـى أثر ذلك أسند الفلاسفة والفقهـاء قيام الدولة إلى عقد اجتماعى ، وهو افتراض أو تصور

(١) هناك أفكار سياسية صيغت لحماية الملوك ، منها فى ظل نظرية الحق الإلهى للملوك ، حيث نسـبهم الإلهى ، وجريان الدم الإلهـى فـى عروقهـم ، وأن ذات الملـك مصونـة لا تمـس ، وقـد أثـرت هـذه الأفكار على نظام الحكم وحصاناته وأثمرت قاعدة " أن الملك لا يخطىء " وهو افتراض لا يصـادف الحقيقة والواقع فى كل الأحوال ، وامتدت ذات الأفكار عن طريق التحايل إلى الحكـم بـأن الملـك لا يتحمل تبعـة الأضرار المدنيـة ، ثـم اتخذت قـاعدة دسـتورية لإبعـاد الملـك عـن ممارسـة العمـل السياسى . وجاء ذلك بناء على الافتراض الآتى : " لما كان الملـك لا يصـدر عنـه عمـل خـاطىء . فقد افترض منطقيا حرمانه من ممارسة شـئون الدولـة بذاتـه ، حيـث أنـه لـو قـام بعمـل سياسـى أو حكومى كان عرضه للخطأ ، باعتباره إنسانا ، يتردد العمل الانسانى بـين الخطأ والصـواب ، ولمـا كان الخطأ لا يصدر عنه فقد حيل بينه وبين العمل العام حتى لا يسأل " ، ومن هنـا جـاءت نظريـة التفويض فى الحكم للوزراء وهؤلاء هم الذين تقع عليهم المسئولية ، وتكون النتيجة لذلك إذا فعل الملك عملا كان وزراؤه هم المسئولون ، لأنهم يكونون قد ارتضوا قيام الملك بهذه الأعمـال التـى قد ينتج عنها مسئوليته ، وتلك كانت المقدمـة لتقييد سلطة الملـك وإن بقيـت مطلقـة مـن الناحيـة النظرية " . دكتور / محمود السقا : أضواء على تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، ص ١٥٥ .

(٢) فكرة العقد الاجتماعى فكرة قديمة ، ترجع على الأقل إلى القرن السادس عشـر ، وقـد قيـل بهـذه النظرية أثناء الصراع بين الكاثوليك والبروتستانت ، بقصـد تحقيـق الحريـة الدينيـة . واسـتعان بهـا البروتستانت والكاثوليك على السواء لمحاربة السلطان المطلق للملوك الذين ليسوا على دينهم . ثم استعان بها أيضا دعاه المبادىء الحرة منذ عصر النهضة حتى جـان جـاك روسـو فـى القـرن الثـامن عشر ، وأخذت بها مدرسـة القانـون الطبيعى بزعامة جروتس وبفندورف . انظر فـى ذلـك : دكتور / ثروت بدوى : النظم السياسية ، طبعة ١٩٧٥ ، ص ١٢٩ .

نظرى بحت ، انتقل الناس بمقتضاه من عهد الفطرة إلى عهد النظام ومن عهـد المجتمعـات البدائية التى تحتكم إلى القوة والانتقام دونـما إصغـاء لنـداء العقـل أو وحـى الضمـير إلى عهـد الدولـة والمجتمعات السياسـية المنظمـة التى تقـوم علـى الإرادة العامـة والفكـر الديمقراطى (١) . فهذه النظرية تفـترض وجـود حيـاة فطرية تسبق قيـام الجماعـة ، وأن الانتقال من حياة الفطرة إلى حياة الجماعة قـد تم بنـاء علـى عقـد اجتمـاعى بـين الأفـراد بقصد إقامة السلطة الحاكمة (٢) . ومن أهم الفلاسفة الذين تحدثوا خلال القرنين السابع عشر والثامن عشر عن طبيعة العلاقة بين الحاكم والمحكوم موضحين الأساس الـذى يقـوم عليـه نظـام المجتمـع السياسـى ، الفيلسـوف الإنجليـزى " تومــاس هوبــز " (١٥٨٨ – ١٦٧٩) ، والفيلسوف الإنجليزى "جـون لـوك "(١٦٣٢ – ١٧٠٤) ، والفيلسـوف الفرنسى " جان جاك روسو " (١٧١٢ – ١٧٧٨) . وقد استعان هـؤلاء بالافـتراض القـانونى لتـبرير الشـكل الـذى تـأخذه الدولـة ، وطبيعـة العلاقـة بـين السـلطة الحاكمـة والمحكومين ، ونادوا بافتراض وجود " عقد اجتماعى " يرسم انتقال الأفـراد مـن العهـود الفطرية الأولى إلى عهود الاستقرار الاجتماعى والسياسى . وهذا العقد هو عقد مفـترض وتصـورى وخيـالى ، لرسـم الإطـار بـين الحـاكم وسـلطاته والمحكومـين وحقوقهـم (٣) . ونعرض الآن بإيجاز النظرية العقد الاجتماعى عند هؤلاء الفلاسفة الثلاث (٤) .

(١) دكتور / عبد العزيز شكوت : البدر الساطع فى أصول النظم والشرائع ، ص ٣٨٢ .

(٢) دكتور / مصطفى سيد أحمد صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ص ٣٢٨ .

(٣) دكتور / محمود السقا : أضواء على تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، ص ١٥٢ .

وقد صاغ الفقهاء المسلمون العلاقة بين الإمام والأمة فى صورة عقـد . فهـم يقولـون أن " الإمامـة عقد " ويصفه البعض بأنه " عقد حقيقى " . دكتور / صوفـى أبـو طـالب : تـاريخ النظـم القانونيـة والاجتماعية ، ص ٢٣٩ هامش رقم (١) .

(٤) انظر فى تفصيلات نظرية العقد الاجتماعى :

- *Bertrand De Jouvenel : Essai sur la politique de Rousseau, In J - J. Rousseau : du contrat social, PP. 15 - 135, Géneve.*
- *P.L. L'Eon : Rousseau et le contrat social, in Arch, de philos. du droit, Nos 1-2, 1935, PP. 157 et s.*

=

أولا : نظرية العقد الاجتماعى عند " توماس هوبز " :

يرى " هوبز " أن حالة الإنسان وحياته قبل وجود الدولة كانت فوضى وحروبا مستمرة بين الأفراد مبعثها الأنانية والشرور المتأصلة فى نفوس البشر وحب السيطرة والتسلط . وكانت الغلبة للأقوياء والهزيمة والهوان للضعفاء ، وكان الحق يتبع القوة ويخضع لها . وهذا الوضع السائد فى الجماعة البدائية من شأنه أن يجعل الحياة فيها شقاء وبؤسا ، إذ لا هدوء فى الجماعة وليس فيها أمن ولا حرية . ولما كانت هذه الحالة المضطربة تهدد الإنسان دائما فى حياته ، ولا تحقق له ما ينشده من سعادة وطمأنينة . وتتنافى مع غريزة حب البقاء لديه ، لهذا فقد فكر الأفراد فى وسيلة يتخلصون بها من هذه الحالة ، وتحقق لهم حماية أنفسهم والمحافظة على مصالحهم ، وهداهم التفكير إلى الاتفاق على اختيار شخص من بينهم رئيسا عليهم وتكون مهمته التوفيق بين مصالح الأفراد المختلفة وحمايتهم من الاعتداء عليهم ، والعمل على تحسين حالهم وإسعادهم .

ويرى " هوبز " أن العقد الذى تم بين أفراد الجماعة لا يدخل فيه الفرد الذى إختاروه رئيسا لهم ونصبوه ملكا عليهم ، فالتعاقد تم بين جميع أفراد الجماعة باستثناء فرد واحد هو الرئيس الذى وقع عليه الاختيار لتولى السلطة فى الجماعة .

ويذهب " هوبز " أن الأفراد تنازلوا لرئيسهم عن كل حقوقهم ، وله أن يتصرف فيها بلا قيد ولا شرط . ونظرا لأنه – أى الرئيس أو الملك – ليس طرفا فى العقد ، فسلطته مطلقة ولا يعتبر مسئولا أمام الأفراد ، ويجب أن تقابل تصرفاته – مهما كانت – بالطاعة والخضوع من جانب الأفراد ، وهذا الوضع بالنسبة لهم أفضل على أية حال من وضعهم السابق على التعاقد . فهوبز يصور العقد على أنه يعطى سلطة مطلقة للحاكم ، وهذه السلطة لا تقابلها أية مسئولية تجاه أفراد الجماعة . والذى حمل هوبز على إخراج النظرية بهذه الصورة ، أنه كان من أنصار الملكية الإنجليزية ، ومن أشد

= - G. Richard : La critique de l'hypothése *du contrat social avant J.J. Rousseau, Ibidem, Nos. 3 - 4, 1937, PP. 45 et s.*

- *Th. Redpath : Reflexion sur la nature du concept de contrat social chez Hobbs, loche, Rousseau, Hume, En etudes sur le contrat social, 1965. PP. 55 et s.*
- *Fréderic Atager : Essai sur l'histoire du contrat social, Paris 1906, P. 162 et s.*

المتحمسين لها ، والعاملين على تقوية سلطة الملوك وإطلاقها ، ودفع المسئولية عنهم في نفس الوقت (١) ؛

ثانيا : نظرية العقد الاجتماعى عند " جون لوك " :

لم يكن " جون لوك " من أنصار الملكية المطلقة ، بل كان ينادى بوجوب تقييد سلطة الملوك ، وأباح تحريك حق المقاومة الشعبية الجماعية فى مواجهتها إذا ما انحرفت نحو الإطلاق ، ولذلك دافع عن ثورة ١٦٨٨ دفاعا مجيدا على أساس أن " جيمس الثانى " قد أخل بشروط العقد الاجتماعى ، ومن ثم فإنه يحق للشعب الثورة عليه وعزله .

وحالة الإنسان الأولى عند " جون لوك " لم تكن بؤسا وشقاء بالشكل الذى صوره " هوبز " ، وإنما على العكس من ذلك ، كان الإنسان فى حالته الطبيعية متمتعا بكامل حريته فى ظل القانون الطبيعى . ومع ذلك رغب فى الخروج من هذه الحالة ، نظرا لتعدد مصالح الأفراد وتشابكها وتعارضها ، وغموض أحكام القانون الطبيعى ، وعدم وجود القاضى المنصف الذى يفصل فيما ينشأ بين الأفراد من منازعات ، ويعطى كل ذى حق حقه دون تحيز .

---

(١) دكتور / محمد كامل ليله : النظم السياسية ، طبعة ١٩٦٣ ، الناشر دار الفكر العربى ، ص ٨٩ .

- *Fréderic Atager : Essai sur l'histoire du contrat social, Paris 1906, P. 162 et s.*
- *Robert Derathé : Jean Jacques Rousseau et la science politique de son temps, 1950, P. 217 - 222.*
- *CF. Albert Brimo : Les grands courants de la philosophie du droit et de l'état, 1978, P. 113: " Le Souverain a la puissance de commander, de contraindre, de decider de la guerre. Cet homme ou cette assamblée a la volonté de laquelle tous les hommes ont soumis la leur, a une puissance souveraine, exerce l'empire et la domination. cette puissance de commander, et ce droit d'empire consiste à ce que chaque praticulier a cédé toute sa force et toute sa puissance à cet homme ou à cette cour qui tient les rénes du gouvernement".*

وقد كان هدف " هوبز " بهذه النظرية تأييد حكم آل ستيوارت فى إنجلترا ، ودحض ادعاءات البرلمان ضدهم . انظر ، دكتور / زكى عبد المتعال : تاريخ النظم السياسية والقانونية والاقتصادية " على الأخص من الوجهة المصرية " ،الطبعة الأولى ١٩٣٥،ص ٣٥ .

لهذه الأسباب مال الأفراد إلى ترك هذه الحياة رغم ما فيها من حرية ، إلى حياة أخرى تقوم على أساس التعاون بين أفراد الجماعة ، والخضوع لحاكم عادل . ولتحقيق هذه الغاية اجتمع الأفراد وتعاقدوا فيما بينهم على إختيار أحدهم لتولى أمرهم .

ونظره " لوك " للعقد الذى أبرمته الجماعة – وبه وجدت السلطة السياسية فى الجماعة وظهرت الدولة – تغاير تماما نظرة " هوبز " فعنده أن الأفراد لم يتنازلوا فى هذا العقد عن جميع حقوقهم ، وإنما تنازلوا فقط عن جزء منها وتمسكوا بالجزء الآخر ، بحيث لا يجوز للحاكم المساس به ، وهو يكون الحريات العامة والحقوق الأساسية للأفراد . كما أن " لوك " يعتبر الحاكم طرفا فى العقد ، ومعنى ذلك أنه إذا أخل بشروط العقد ولم يحافظ على حقوق أفراد الجماعة جاز لهم فسخ العقد وعزل الحاكم ، ولهم بعد ذلك أن يبرموا عقدا جديدا يختارون فيه حاكما آخر أو يعودوا إلى حالتهم الطبيعية الأولى (١) . فالعقد بين الحاكم والمحكومين لا ينهض إذن مبررا لإقامة سلطان يطلق ، بل على العكس ، يفرض على كل منهما التزامات متبادلة ، ويعين للحاكم رسالة محدده بأغراض الجماعة فى الحماية والأمن والمحافظة على الحقوق ، لا فى العبودية والاستبداد (٢) .

ثالثا : نظرية العقد الاجتماعى عند " جان جاك روسو " :

صور " روسو " الإنسان فى حالته الأولى السابقة على وجود الدولة ، بأنه كان يتمتع بحرية كاملة واستقلال تام وأنه كان سعيدا فى حياته . وبرغم ذلك فقد اضطر فى نهاية الأمر إلى ترك هذه الحياة والانضمام إلى غيره من الأفراد لإقامة نظام

---

(١) دكتور / محمد كامل ليلة : النظم السياسية ، ص ٩١ .

- *Frederic Atager:Essai sur l'histoire du contrat social,Paris 1906,P. 204 et s.*
- *Jean Louis Fyot : Essai sur le pouvoir de John Lock, 1963, P. 123 et s.*
- *CF. Albert Brimo : Les grands courants de la philosophie du droit et de l'état, 1978, P. 118 : " Pour Lock, La société politque n'est que le produit d'une renonciation partielle et provisoire des homme à leur état naturel dans l'intérêt d'une mieux organisée et d'un pouvoir plus efficace".*

(٢) دكتور / مصطفى سيد أحمد صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣٤٠ .

اجتماعى جديد يكفل لهم الأمن ويحقق العدالة بينهم ، والذى اضطر الأفراد إلى التخلى عن حالتهم الأولى هو تعدد المصالح الفردية وتعارضها مع ازدياد حده المنافسة بين الأفراد وظهور ميول شريرة لديهم ولدتها الرغبة فى الثراء والنزعة إلى السيطرة . لهذا تعاقد الأفراد على إنشاء مجتمع سياسى جديد يخضع لسلطة عليا ، وبذلك وجدت الدولة مستنده إلى العقد الاجتماعى الذى أبرمه الأفراد ، ويعتبر ذلك العقد مصدر الدولة والسلطة العامة فيها ، وعندما ترك الأفراد حياة العزلة والانفراد وكونوا – بمقتضى عقد – مجتمعا سياسيا ، تنازل كل منهم عن حريته الطبيعية للجماعة الجديدة مقابل حصوله على حريات مدنية جديدة يضمن له المجتمع حمايتها مع كفالة المساواة بين جميع الأفراد فيما يتعلق بتقرير هذه الحريات .

ويذكر " روسو " أن العقد الذى تم بين أفراد الجماعة تتولد عنه إرادة عامة هى إرادة المجموع أو إرادة الأمة صاحبة السلطة على الأفراد جميعا ، أما الحاكم فإنه طبقا لنظرية " روسو " ليس طرفا فى العقد ، وإنما هو وكيل عن الأمة يحكم وفقا لإرادتها – وليس وفقا لإرادته هو – ولذلك فإن للأمة حق عزله متى أرادت . والإرادة العامة للجماعة مستقلة عن إرادة كل فرد على حده ، وتتميز بأنها مظهر لسيادة المجتمع ، وهى التى تعبر عن تلك السيادة ، ويترتب على ذلك أن المجتمع صاحب السيادة والسلطان لا يستطيع التصرف فى هذه السيادة بالتنازل عنها لأن السيادة ما هى إلا إرادة المجموع والإرادة بطبيعتها تفنى وتزول بمجرد انتقالها، ومن ثم فإن الشعوب لا تستطيع أن تتنازل عن سيادتها ، والحاكم ما هو إلا خادم للشعب ووكيل عنه يعمل باسم الشعب وبإرادته، وبقاؤه فى الحكم مرهون برضائه عنه(١) .

(١) دكتور / محمد كامل ليلة : النظم السياسية ، ص ٩٣ .

- *CF.G.Mosca : Histoire des doctrines politiques, Paris 1955, P. 223 et s.*

تعد نظرية العقد الاجتماعى التى نادى بها فى فرنسا الفيلسوف " جان جاك روسو " . الشرارة الأولى التى أشعلت لهيب الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ ، فقد انتشرت المبادىء التى دعا إليها " روسو " فى حق الشعب فى الحرية والمساواة والاشتراك فى السيادة والسلطة ، حتى قيل أن كتاب " روسو " عن العقد الاجتماعى كان بحق " إنجيل الثورة " . دكتور / محمود السقا : أضواء على تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، ص ١٥٤ .

هذه هى خلاصة نظرية العقد الاجتماعى كما تصورها كبار الفلاسفة (١) ، وهى تستند بصفة عامـة إلى الافـتراض والخيـال المحض ، إذ لا نصيـب لهـا مـن الواقـع أو التاريخ الذين يثبتان عند تتبعهما عدم وجود أية سلطة تقوم على أساس مـن التعـاقد أو الاتفاق (٢) . ومع ذلك فقد لجأ الفلاسـفة إلى هـذا الافـتراض الـذى يقـوم علـى تصور ذهنى مخالف للواقع ، بهدف إيجاد تبرير للعلاقة التى تربـط بـين الحكـام وبـين المحكومين ، ورسم إطار ونطاق الحقوق والحريات العامة للأفراد (٣) .

---

(١) يلاحظ أن الفلاسفة قد اختلفوا فى عرض النظرية ، وترتب على ذلك خلاف فى النتائج التـى وصلوا إليها . والواقع أن هذا الخلاف بين الفلاسـفة مقصـود ، فكـل منهـم كـان يهـدف إلى الوصول إلى نتائج معينة ومن ثم فقد قدم لها بمقدمات توصل حتما إليهـا ، وقـد اتخذت هـذه النظرية لخدمة أغراض متباينة ولهذا فقد صيغت فى صور متعددة حتى يمكن أن تتلائم مع هذه الأغراض . انظر دكتور / محمد كامل ليلة : النظم السياسية ، ص ٩٣ .

(٢) انظر تفصيلات نقد نظرية العقد الاجتماعى ، دكتور / مصطفى محمود عفيفى : مذكرات فـى النظم السياسية وتنظيماتها الأساسية ، طبعة ١٩٨٣ ، ص ١١٥ وما بعدها .

(٣) دكتور / مصطفى سيد أحمد صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣٤١ .

المبحث الثانى
الافتراض فى مجال القانون الخاص فى الفكر القانونى الحديث

لازالت هناك بعض التطبيقات للافتراض القانونى فى مجال القانون الخاص فى التشريعات المعاصرة ، حيث يستعين الفقه والقضاء ، بل والمشرع نفسه بالافتراض لشرح بعض النظم القانونية وتقريبها من الأذهان ، بل أن هناك بعض القوانين أفسح فيها المشرع بنفسه المجال أمام الأفراد للتحايل على نصوصه ومخالفة أحكامه ، من ذلك مثلا ما ورد فى المادة ٤٨٨ / ١ من القانون المدنى المصرى الحالى من أن " الهبة تكون بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر " ، فالهبة بناء على هذا النص ، قد تصح بورقة عرفية إذا وردت مثلا فى صورة عقد لم ينص فيه على إعفاء المشترى من الثمن (١) . وسوف نعرض لأهم تطبيقات الافتراض القانونى فى الفكر القانونى الحديث فى مجال القانون الخاص •

أولا : فكرة الشخصية الاعتبارية :

اعترف الفقه القانونى – تحت ضغط الحاجات العملية – بالشخصية لمجموعات من الأشخاص تسعى لتحقيق غرض معين كالشركات والجمعيات ، أو لبعض مجموعات الأموال التى رصدت لتحقيق غاية معينة كالمؤسسات والأوقاف . وهى بذلك تكون صالحة لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، مستقلة ومتميزة عن

---

(١) دكتور / مصطفى سيد أحمد صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣٣٧ •

" وقد يلجأ الأفراد إلى القيام بتصرفات صورية تحايلا على نصوص القانون ، فقد يلجأ المتعاقدان إلى إجراء تصرف ظاهر بغية إخفاء حقيقة العلاقة بينهما والقانون الحديث وضع كثيرا من القواعد لمنع الأفراد من التحايل على نصوص القانون . ومن أهمها القاعدة التى تقضى بأن العبرة بما تتجه إليه الإرادة الحقيقية بين المتعاقدين لا بالتصرف الظاهر ، ولكن قواعد الإثبات قد تجعل من المتعذر الوصول إلى إثبات صورية التصرف القانونى الظاهر ، ومن جهة أخرى اضطر المشرع – فى بعض الحالات – إلى ترتيب بعض الآثار للتصرف الظاهر وإهدار التصرف الحقيقى المستتر ضمانا لاستقرار المعاملات " . دكتور / صوفى أبو طالب : مبادىء تاريخ القانون ، ص ٣٢٢ •

الأفراد المكونين لها (١) .ولما كان الأصل أن تثبت الشخصية للإنسان ، وأن القانون قد اعترف لهذه المجموعات بالشخصية لتمكينها من تحقيق أغراض أو أهداف إنسانية ، رغم أنها ليست كائنات طبيعية وليس لها وجود مادى محسوس ، وإنما هى كائنات معنوية لا يمكن إدراكها بالحس ، لذلك سميت بالأشخاص المعنوية أو الاعتبارية أو القانونية ، لأنها توجد نتيجة اعتبار القانون لها (٢) ٠

وإذا كان الفكر القانونى قد اعترف بالشخصية الاعتبارية أو المعنوية لما تحققه من فائدة كبيرة فى الناحية العملية ، إلا أن هذه الشخصية القانونية محدده بالأهداف التى أنشىء الشخص المعنوى من أجل تحقيقها ، فهى لا تمنح له إلا بالقدر اللازم لتحقيق الأغراض التى أنشىء من أجلها ٠

وقد اختلف الفقه فى تحديد كنه وطبيعة الشخصية الاعتبارية (٣) . وتنازع ذلك

---

(١) انظر فى تفصيلات نظرية الشخصية الاعتبارية :

- *Michaud (L.) : La théorie de la personnalité et son application au droit Francais, 1932, Nos 48 et 74.*
- *Durand (P.) : L'evolution de la condition juridque des personnes morales de droit privé, dans études offertes a Georges Ribert, T.1, 1950, P. 138 et s.*
- *Coulombel : La particalarisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé, Thèse, Nancy 1949, Imp 1951.*
- *Dabin : Le droit subjectifs, 1952, P. 55.*

(٢) دكتور / عبد المنعم البدراوى ، دكتور / فتحى عبد الرحيم عبد الله ، دكتور / أبو زيد عبد الباقى : المدخل للقانون " نظرية القانون ونظرية الحق " ، طبعة ١٩٧٩ / ١٩٨٠ ، الناشر مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة ، ص ٤٥٤ ٠

(٣) هذا الخلاف ليس كما يبدو فى الظاهر ، خلافا نظريا مجرد القيمة من الناحية العملية . ذلك أن تفاوت النظرة هذا التفاوت إلى تكييف وتأصيل الشخصية الاعتبارية ، ينعكس أثره من الناحية العملية على مسائل كثيرة ، مثل تحديد مدى سلطان المشرع إزاء الأشخاص الاعتبارية ، وكيفية تعيين جنسيتها ، وإمكان تقرير أو عدم تقرير مبدأ مسئوليتها الجنائية والمدنية ، وتبرير الحد من مدى أهليتها ، وتحديد أسباب ونتائج انقضائها . انظر دكتور / حسن كيرة : المدخل إلى القانون ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ، طبعة ١٩٧١ ، ص ٦٢٢ ٠

نظريتان متعارضتان ، الأولى تعتبر الشخصية الاعتبارية مجرد افتراض أو مجاز وحيلة صناعية ، والثانية تنظر للشخصية الاعتبارية على أنها حقيقة واقعية من الحقائق الثابتة (١) .

١- نظرية الافتراض أو المجاز : ترى هذه النظرية أن الحق وهو سلطة إرادية لا يمكن أن يسند إلا لشخص له إرادة ، وبما أن الإرادة لا توجد إلا

---

(١) اتجه بعض الفقهاء مثل " إهرنج " فى ألمانيا و " بلانيول " فى فرنسا ، إلى الاستغناء عن فكرة الشخصية الاعتبارية ، على أساس أن الشخصية لا تثبت إلا للإنسان ، وأن منحها لغيرة من الكائنات هو محض خيال من الشارع يجب أن ينزه عنه ، ووجدوا فى فكرة الملكية الجماعية أو المشتركة بديلا يغنى عنها . والملكية المشتركة تعنى أن هناك مالا أو مجموعة أموال يملكها عدة أشخاص معا فى نفس الوقت كفرد واحد ، ويملك هؤلاء الأشخاص المال لا ملكية فردية ولا ملكية شائعة ، ولكنهم يملكونه ملكية مشتركة بحيث يكون لكل منهم الانتفاع به بصوره معينة ، هى الصورة التى يتحقق بها غرض المجموع ، ولا يكون لأى منهم طلب إفراز حقه ليحوله إلى ملكية خاصة أو التصرف فيه أو تقسيمه ، وبذلك ينسب المال إلى الأعضاء الذين يكونون معا دون أن تكون كائنا مستقلا عن الأفراد الذين يؤلفونها ، وتظل شخصية هؤلاء الأفراد ظاهرة باعتبارهم ملاكا بالاشتراك فى مال معين ، فلا يوجد شخص آخر اعتبارى مع مجموع الملاك ، ولكن هذا المجموع هو الذى يسند إليه الحقوق والالتزامات . ويعاب على هذه النظرية أنها تجعل مركز الأهمية فى هذه المجموعات هو المال ، إذ تقول أن نظام الشخص الاعتبارى لم يخلق إلا لكى يصل به القانون إلى شخص يكون صاحبا للأموال المشتركة ، فى حين أن المال فى بعض المجموعات ليس إلا عنصرا قليل الأهمية ، فالنقابات تنشأ للدفاع عن مصالح طائفة من الطوائف ، والجمعيات العلمية والثقافية مثلا . فالواقع أن الذى دعا إلى نشوء نظام الشخصية الاعتبارية ليس هو المال ، بل الغرض الذى يراد تحقيقه من ورائه ، والذى يعجز الإنسان عن إدراكه بمفرده .

انظر دكتور / فتحى عبد الرحيم عبد الله ، دكتور / محسن عبد الحميد إبراهيم البيه ، دكتور / رمزى فريد مبروك : المدخل للعلوم القانونية " الكتاب الثانى ، النظرية العامة للحق " ، طبعة ١٩٩٦ / ١٩٩٧ ، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ص ٣٨٨ وما بعدها .

- *Berthelemy : Traite élémentaire de droit administratif, 2 ém ed, 1926, P. 30 et s.*
- *Planiol : Traite élémentaire de droit civil, T. 1, 2 éd, 1935, P. 1050.*

فى الأشخاص الطبيعين ، فالإنسـان وحـده هـو الـذى يمكـن أن يسـند إليـه الحـق ، وبالتالى فهو وحده الذى يتمتع بالشخصية القانونيـة أمـا الأشـخاص الاعتباريـة فـلا يمكن أن تسند إليها حقوق لأنها ليست لها إرادة ، ولكن نظرا لما يمكن أن تؤديه مـن خدمات فى الحياة العمليـة ، فـإن الدولـة تخلـع عليهـا الشخصيـة القانونيـة لكـى تسهل لها مباشرة لنشاطها القانونى . والاعتراف لهذه الجماعات بالشخصية القانونيـة هو مجرد افتراض قانونى (١) ٠

ويترتب على هذه النظرية أن الشخصية الاعتبارية من صنع المشرع الذى يملـك أن يمنح بعض الجماعات الشخصية القانونية ويحرم البعض الآخر منهـا ، كمـا يملـك أن يفرض عليها ما يشاء من القيود ، بل يستطيع سحب اعترافـه بهـا فيردهـا إلى العـدم لأنها ليست حقيقية وإنما تستند فى وجودها إلى إرادة المشرع (٢) . كما يترتب على هذه النظرية أيضا امتناع مسئولية الشخص الاعتبارى الجنائية والمدنية على السواء ، علـى أسـاس أن القصـد الجنـائى والخطـأ الشـخصى يسـتلزمان الوعـى والإرادة والإدراك ، الأمر غير المتصور بالنسبة لشخص اعتبـارى افـتراضى لا وجـود لـه فـى الحقيقـة (٣) ٠

وقد لاقت نظرية الافتراض أو المجاز نقدا شديدا ، إذا أن الافتراض وسيلة من وسائل الصناعة القانونية البدائية يجب الاستعاضة عنها فى الفقه الحديث بوسـائل أخـرى أقـرب إلى الحقيقة . كما أن الافتراض لا يمكن أن يخلق من العدم وجـودا ، ولا يمكـن أن يفسـر لنا مشكلة تحديد مـن يعتـبر مالكا لأشياء لا يملكها أشـخاص طبيعيـون ، فكـل مـال أو حق يجب أن يكون لـه صاحب ، والقول بأن صاحبه هو ذلك الشخص الافتراضى الذى لا وجود له فى الحقيقة ، يعنى أن هـذا الحـق أو المال لا صاحـب لـه ، وهو فى حكم

(١) دكتـور / عبد الودود يحيى ، دكتور / نعمان جمعه : دروس فـى مبـادىء القـانون ، طبعة ١٩٩٣ ، ص ٢٨٩ ٠

(٢) دكتور / عبد الودود يحيى ، دكتور / نعمان جمعه : دروس فى مبادىء القانون ، ص ٢٨٩ ٠

(٣) دكتور/ عبدالمنعم البدراوى وآخرين:المدخل للقانون " نظرية القانون ونظرية الحق،ص٤٥٩ .

الأموال السائبة التى لا مالك لها (١) . كما أن نظرية المجاز في إطلاقها تحتم اعتبار الدولة شخصا صناعيا افتراضيا لا حقيقا ، والدولة باعتبارها تخلق الأشخاص الاعتبارية يدفع إلى التساؤل عمن خلق شخصية الدولة ، مما دعى أنصار هذه النظرية إلى القول بـأن الدولـة استثناء ، وتعتبر شخصا معنويا حقيقيـا لأن وجودهـا ضـرورى محتـوم ، وهـذا الاسـتثناء وحده يهدم النظرية بأكملها ، فإذا كانت الدولة شـخصية حقيقيـة فمـا الـذى يمنـع مـن الاعتراف بهذه الشخصية لغير الدولة من الجماعـات (٢) . كذلـك نجـد أن نظريـة المجـاز تعـوق حريـة تكويـن الجماعـات رغـم فائدتهـا ومشـروعية الغـرض منهـا ، إذ أن قيامهـا ومنحها الشخصية القانونية متوقـف علـى إرادة الدولـة ، التـى لهـا وحدهـا سـلطة خلـق الشخصية الاعتبارية (٣) . والواقع أن نظرية المجاز قامت على مقدمات غير صحيحة ، إذ

---

(١) دكتور / فتحى عبد الرحيم عبد الله وآخرين : المدخـل للعلـوم القانونيـة " الكتـاب الثـانى ، النظرية العامة للحق " ، ص ٣٨٥ .

(٢) انظر في الكتابات الفقهية حول الشخصية القانونية الاعتبارية للدولة .

دكتور / مصطفى أبو زيد فهمى : الوجيز في القانون الإدارى " الجزء الأول ، نظريـة المرافـق العامة " ، الطبعة الأولى ١٩٥٧ ، ص ١٩٧ وما بعدها .

دكتور / سليمان محمّد الطمـاوى : الوجـيز فـى القـانون الإدارى " دراسـة مقارنـة " ، طبعـة ١٩٧٩ ، ص ٧٢ .

دكتور / طعيمة الجـرف : القـانون الإدارى " المبـادىء العامـة فـى تنظيـم ونشـاط السـلطات الإدارية " ، دراسة مقارنة ، طبعة ١٩٧٨ ، ص ١١٥ ، ١٣٤ .

دكتور / محمد فؤاد مهنا : القـانون الإدارى العربـى فـى ظـل النظـام الاشـتراكى الديمقراطـى التعاونى ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٥ ، ص ٤١٠ وما بعدها .

دكتور / عبد الفتاح حسن : مبادىء القـانون الإدارى الكويتـى ، طبعـة ١٩٦٩ ، ص ١٢١ وما بعدها .

- *Michaud (L.) : Théorie de la personalité morale, lére partie, Paris 1932.*
- *Octave Laroche : La personalité morale, Thèse, Paris 1905.*
- *André Hauriou : Droit constitutionnel et institutions politiques, 1972, P. 127 - 130.*

(٣) دكتور / فتحى عبد الرحيم عبد الله وآخرين : المدخـل للعلـوم القانونيـة " الكتـاب الثـانى ، النظرية العامة للحق " ، ص ٣٨٦ .

قالت باقتصار الشخصية القانونية على الإنسان وحـده ، الأمر الـذى يقـوم على خلـط ظاهر بين مفهوم الشخصية فى الفلسفة وعلم النفس ومفهومها فى علم القـانون ، إذ أن مدلول الشخصية فى علـم القـانون يتسـع للإنسـان ولغـير الإنسـان مـن الكائنـات ذات القيمة الاجتماعية التى تصلح لأن تكون مركزا للحقوق والالتزامات (١) .

٢- نظرية الشخصية الحقيقيـة : أدت الانتقـادات التـى وجهـت إلى نظريـة الافتراض أو المجاز ، بالفقـه الحديـث إلى اعتبـار الشـخصية المعنويـة أو الاعتباريـة حقيقـة واقعة تفرض نفسها ، ولا يملك المشرع إلا الاعتراف بهـا . فهـو لا يسـتطيع أن يتجـاهل جماعة تألفت لغـرض مشـروع ، وينكـر عليهـا الوجـود والصلاحيـة لاكتسـاب الحقـوق والتحمل بالالتزامات ، رغم أن المكونين لها قرروا أن تكون الجماعة – لا أشـخاصهم – هى المالكة للمال المرصود عليها . ويقتصر دور المشرع علـى مراقبـة مشـروعية نشـاطها وعدم مخالفته للنظام العـام ، وتنظيمـه علـى نحـو مـا يفعـل بالنسبة للشـخص الطبيعـى . فاجتمـاع عـدة أفـراد – فـى نظرهـم – لتحقيـق غـرض معين ، يـؤدى إلى نشـوء إرادة مشتركة تختلف عـن إرادة المكونـين لهـا ، وتكـون صالحـه لاكتسـاب الحقـوق والتحمـل بالالتزامات قبل أى تدخل من المشرع (٢) .

غير أن أنصار هذه النظرية غير مجتمعين فى تصوير هـذه الحقيقـة ، مـع اجماعهم علـى رفض نظرية الافتراض . فمنهم من يشبه تكوين الشخص الاعتبارى بالشخص الطبيعى . فكما أن الشخص الطبيعى يتكون من خلايـا متعـددة وأن إرادتـه تصـدر نتيجـة لنشـاط خلايا العقل مع احتفاظ كل خلية بحياتهـا الخاصـة ، فـإن الشـخص الاعتبـارى يتكـون من خلايا متعددة وإرادته تنتـج عـن نشـاط خلايـاه ، أى الأفـراد الآدميـون الـذى يتألف منهم ، مـع احتفـاظ كـل منهم بحياته المستقلة الخاصة . ومـن الواضـح أن هذا

---

(١) دكتور / عبد المنعم البدراوى وآخريـن : المدخل للقـانون " نظريـة القـانون ونظريـة الحق " ، ص ٤٦٠ .

(٢) دكتور / فتحى عبد الرحيم عبد الله وآخرين : المدخل للعلوم القانونية " الكتاب الثـانى ، النظريـة العامة للحق " ، ص ٣٨٦ .

التصوير مجازى لذلك رفض من غالبية الفقه (١) •

ويرى فريق آخر ، ممن يعرفون الحق بأنه قدره إراديه ، أن صلاحية الشخص الاعتبارى لاكتساب الحقوق تؤسس على أن له إرادة خاصة كالشخص الطبيعى وتتكون إرادة الشخص الاعتبارى من مجموع إرادات الأشخاص الطبيعيين المؤلفين له ، وهى إرادة جديدة مغايرة لإرادة الآخرين ، وهى التى تستند إليها حقوق والتزامات الشخص الاعتبارى . ويعيب هذا التصوير استناده على تعريف غير دقيق للحق من ناحية ، وقيامه على معايير نفسية تخرج عن دائرة القانون (٢) •

وذهب فريق ثالث ، اعتبار الشخص الاعتبارى كائن اجتماعى يقوم على تحقيق مصالح عملية هامة كالشخص الطبيعى سواء بسواء ، ويربط هذا الفريق بين الشخصية الاعتبارية وتعريف الحق بأنه مصلحة يحميها القانون ، ويؤسس الشخصية على وجود مصلحة جماعية مستقلة عن المصالح الفردية . فما دامت الأشخاص الاعتبارية تتكون بهدف تحقيق مصالح معينة ، فمن الضرورى أن يحمى القانون هذه المصالح ويرفعها إلى مرتبة الحق ، وبالتالى يتحتم أن يعتبرها أشخاصا قانونية ، ما دامت تسعى لتحقيق مصلحة مشروعة جديرة بالحماية . ويعاب على هذا النظر ارتباطه بتعريف الحق كمصلحة يحميها القانون (٣) •

وقد انتقدت نظرية الشخصية الحقيقية – بتصوراتها المختلفة – بمبالغتها فى تشبيه الشخص الاعتبارى بالشخص الحقيقى بالنسبة لوجوده وبالنسبة لسلطان المشرع . ومن المسلم به فى الوقت الحاضر أن للمشرع أن يفرض الضمانات التى يراها لازمة

(١) دكتور / عبد المنعم البدراوى وآخرين : المدخل للقانون " نظرية القانون ونظرية الحق " ، ص ٤٦٢ •

- *Saleilles (R.) : De la personnalité juridique, 1922, 2 éd, P. 527 et s.*

(٢) دكتور / فتحى عبد الرحيم عبد الله وآخرين : المدخل للعلوم القانونية " الكتاب الثانى ، النظرية العامة للحق " ، ص ٣٨٧ •

(٣) دكتور / عبد المنعم البدراوى وآخرين : المدخل للعلوم القانونية " نظرية القانون ونظرية الحق ". ص ٤٦٢ •

للاعتراف بالشخصية القانونية للشخص المعنوى ، ومن حقـه رفـض هـذا الاعـتراف إذا قدر ذلك ، كما أنه مـن المسلم به فى كافـة الأنظمـة القانونيـة أن المشـرع يسـتطيع أن يقيد أهلية الأشخـاص الاعتباريـة وحريتها بالنسبة لبعض الحقوق المدنية ، فى حـين أنـه لا يستطيع ذلك بالنسبة للأشخاص الطبيعية (١) .

رأينا فى فكرة الشخصية المعنويـة :

من خلال هذا العرض السريع والموجز فى طبيعة الشخص الاعتبارى ، يتضـح لنـا أن نظرية الشخصية الحقيقية وإن كانت تعتبر نظرية فسلفية أكثر منها قانونية ، إلا أنها تتفق مع منطق التنظيم القانونى فى المجتمع . فمجموعات الأشخاص أو الأمـوال التى تهـدف إلى تحقيق غرض معين ، هى كائن اجتماعى أو جماعى يخرج من تجمعات فردية أو ماليـة . ويتمتع بكيان ذاتى مستقل عن كيان وذاتية مكونيه ، وذلك لتحقيق أهـداف ذات قيمـة اجتماعية ، هى التى تبرر وجودها القانونى المستقل أى الشخصية القانونية .

فالشخصية القانونية هى وصف يضفيه القانون على كائن اجتمـاعى ، حيـث يقـدر أن هناك مصلحة اجتماعيـة تـبرر أن يعترف لـه بالصلاحيـة لا كتسـاب الحقـوق والتحمـل بالالتزامات . وقد يكون هذا الكائن طبيعيا أى إنسان ، وقد يكون كائنا آخر أى جماعـة من الأشخاص أو مجموع من الأموال ، كما هو الحـال بالنسـبة للجمعيـات والشـركات والمؤسسـات وغيرهـا ، إذن فالشـخص الطبيعى والشـخص الاعتبـارى ، وإن كـان كـل منهمـا كـائن اجتمـاعى ، إلا أن المشـرع وحـده هـو الـذى ينـاط بـه منحـه الشـخصية وتنظيمهـا . وهذه الشخصية وإن كان معترفا بها للإنسان كمبدأ عـام ، إلا أنـه بالنسـبة لمجموعـات الأشخاص أو الأموال توجد مخاطر تبرر خضوعها الدائم للقانون ، سواء فـى وجودها أو مزاولتها لنشاطها (٢) .

---

(١) دكتور / فتحى عبد الرحيم عبد الله وآخرين : المدخل للعلوم القانونية " الكتاب الثانى ، النظريـة العامة للحق " ، ص ٣٨٨ .

(٢) دكتور / عبد المنعم البدراوى وآخريـن : المدخل للعلوم القانونية " نظرية القانون ونظرية الحق " ، ص ٤٦٥ .

حاصل القول أن فكرة الشخص القانونى غير مرادفة لفكـرة الشـخص الآدمـى ، وتعنـى ببساطة صلاحية إطلاقها على كل كائن تجتمع له الشروط اللازمة قانونـا للتمتـع بأهليـة اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات (١) ٠

ثانيا : قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون :

إذا تكونت القاعدة القانونية – بخروجها عن مصدر من المصادر الرسمية – فهى تسرى فى حق المخاطبين بأحكامها دون استثناء ، بمعنى أنها تنطبق على كافة من توجه إليهم من أشخاص ، فـلا يعفى أحـد مـن الخضوع لأحكامهـا ، ويعبر عن ذلك بالمبدأ المعـروف " لا يجوز لأحد أن يعتذر بجهل القانون " (٢) ٠

فالقاعدة الأصلية هى أن الجهل بالقانون لا يحول دون تطبيقه على مـن يجهلـه . وبتعبـير آخر فإنه لا يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون للإفلات من حكمه . وتـبرير هـذه القـاعدة ، أن الأخذ بعكسها يؤدى إلى الفوضى وإلى انهيار القانون ، وهكذا يكاد يختلط تبرير هذه القاعدة بتبرير وجود القانون ذاته ٠

---

(١) دكتور / مصطفى محمود عفيفـى : مذكـرات فـى النظم السياسيـة وتنظيماتهـا الأساسية ، ص ١٤٠ ٠

وانظر فى رفض الافتراض كأساس للشخصية المعنوية :

دكتور / فتحى عبد الصبور : الشخصية المعنوية للمشروع العام ، رسالة دكتوراه ، بدون تاريخ ، فقرة ٢٤٤ ومابعدها ٠

دكتور / أبو زيد رضوان : مفهوم الشخصية المعنوية بين الحقيقة والخيال ، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، يناير ١٩٧٠ ، العدد الأول ، ص ١٩٣ وما بعدها ٠

- *Ismail Ghanem : Essai critique sur la notion du patrimoine en droit Français et en droit Egyptien, Thèse, 1951 (Imprimée 1957), No 2 .*

(٢) دكتور / حسن كيره : المدخل إلى القانون ، ص ٣١٦ ٠

وانظر فى تفصيلات هذا الموضوع :

- *Dereux : Etude critique de l'adage " Nul n'est censé ignorer la loi" , Revue trimestrielle de droit civil, T. VIII, 1907, PP. 513 - 554.*

وقد ثار جدل طويل في الفقه حول قاعدة " عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون "، وما إذا كانت هذه القاعدة تقوم على قرينة قانونية تجعل من الشيء المحتمل الوجود شيئا ثابت الوجود ، أم أنها تقوم على افتراض وحيلة قانونية تجعل من الشيء الكاذب حقيقة (١) .

---

(١) ذهب جانب من الفقه إلى أن قاعدة " عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون " تنبع من فكرة العدل والمساواة أمام القانون " فقواعد العدل هي خير ما يؤسس عليه هذا المبدأ . فالعدل الخاص يتطلب المساواة التامة في معاملة المخاطبين بأحكام القواعد القانونية ، فلا يفرق بينهم في وجوب الخضوع لها أو يعفى بعضهم من التقيد بها . وهذه المساواة أمام القانون تحقق كذلك العدل العام والصالح العام بما تؤكده من سيادة النظام والقانون في المجتمع ، إذ لو أبيح الاعتذار بجهل القانون للإفلات من أحكامه ، لما أتيح حينئذ تطبيق القانون إلا في القليل النادر حيث يعلم الناس بأحكامه ، وإذن لسادت الفوضى وضاع الأمن وتقوض النظام في المجتمع .

ومن ناحية أخرى ، فإن الخصائص الذاتية للقاعدة القانونية تقتضي الأخذ بهذا المبدأ ، إذ أنه بناء على صفتي العمومية والتجريد اللازمتين للقاعدة القانونية ، فإنه يكفي لتطبيق حكم القانون توافر الصفات والشروط المحددة ، ولا مجال لإضفاء شرط العلم الذي قد يتحقق لدى البعض دون البعض الآخر ، كما أنه بالنسبة لعنصر الجزاء في القاعدة القانونية ، ينبغي أن ينبع ذاتيا من القاعدة القانونية ، ولا يجوز بالتالي أن يتوقف على العلم بها ، باعتبار أن العلم عنصر خارجي عن القاعدة القانونية " . دكتور / حسن كيره : المدخل إلى القانون ، ص ٣١٧ .

دكتور / أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، دكتور / محمد ناجي ياقوت ، دكتور / حسن عبد الرحمن قدوس : المدخل للعلوم القانونية " النظرية العامة للقانون " ، طبعة ١٩٩٦ ، ١٩٩٧. الناشر مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة ، ص ٣٢٨ .

ويلاحظ أن فكرة المساواة هذه لم تكن متحققة بصفة مطلقة في القانون الروماني ، حيث كان يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون من البعض مثل الجنود الغائبين ، أو بعض الأشخاص الآخرين الذين ينقصهم الإدراك السليم أو الخبرة بالحياة ، وهم من كان يطلق عليهم اصطلاح الضعفاء في نظر القانون . وبعد مناقشات طويلة في القانون الفرنسي القديم ، لم تنتقل إلى تقنين نابليون الاستثناءات الخاصة بهؤلاء الأشخاص ، وأصبح من المقرر أنه لا يجوز =

= الاعتذار بالجهل بالقانون من أى شخص تحقيقا لفكرة المساواة أمام القـانون . ومـع ذلـك فإنـه مـن الملاحظ أن فكرة المساواة فى الخضوع للقانون لا تتحقق فى العصر الحديث على الوجه الأكمـل . بل من المدهش أن الجهل بالقانون إذا جاء من شخص متخصص فـى القـانون فـلا جـزاء عليـه فـى بعض الأحيان (يصدر القضاة فى بعض الأحيان أحكـامهم عـن جهـل بالقـانون ، ومـع ذلـك فـإن صاحب الحق لا يستطيع أن يرجع على القاضى الذى أصدر الحكـم الخـاطىء بـالتعويض حيـث أن القضاء غير مسئولين عن أخطائهم فى تطبيق القانون) بينما إذا جـاء الجهـل بالقـانون مـن شـخص غير متخصص فى القانون فلا مغفرة لـه . وعلى ذلـك فإن قـاعدة عـدم جـواز الاعتـذار بـالجهل بالقانون لا تبدو كنتيجة منطقية لقاعدة المسـاواة أمـام القـانون ، ولكنهـا تبـدو علـى العكـس مـن مظاهر عدم المساواة أما القانون .٠

وغنى عن البيان أن قاعدة المساواة أمام القانون تعتبر من أهم المبادىء الأساسية للقـانون . ولذلـك فلا يجوز التضحية بهذه القاعدة لأى سبب من الأسباب . وإذا وجدت أسباب تـبرر عـدم مسـاءلة بعض الأشخاص عن جهلهم بالقانون ، فمعنى ذلك أن هناك اعتبـارات تغلـب فـى بعـض الأحيـان على الاعتبارات التى تقوم عليها قاعدة عدم جواز الاعتذار بـالجهل بالقـانون ، وبالتـالى فـإن هـذه القاعدة الأخيرة ليست مطلقـة التطبيـــق بـل ترد عليها بعض الاستثناءات . وهـذه الاسـتثناءات لا ينبغى أن تقتصر على أفراد معينين ، بل يمكن أن يستفيد منها أى شخص تحقيقـا لفكـرة المسـاواة بين الجميع . ففكرة المساواة لا تفرض فقط عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، بـل هـى تفـرض أحيانا جواز الاعتذار بالجهل بالقانون . ولهذا لا يمكن القول بأن فكرة المساواة هـى أسـاس قـاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، بل هى تسهم فقط فى رسم الحدود التى يجوز فيها التمسـك بهذه القاعدة .

وإذا كان أصحاب ذلك الاتجاه يقررون أن هذه القاعدة تستند إلى ضرورات عملية . فهو رأى بلا شك صحيح متى كان التساؤل يدور حول مبررات قاعدة عدم جواز الاعتذار بـالجهل بالقـانون ، لا عن طبيعتها فهـذه النظرية تعرض للدوافع والمبررات التى تدعو إلى الأخذ بالقاعدة ، ولم تتعرض للبحث فى طبيعة القاعدة وهو مناط الخلاف . فلا شك لدينا أن هذه القاعدة تجد تبريرها الأساسى فى اعتبارات العدالة والمصلحة والتى تؤدى فى النهاية إلى تحقيق هدف القـانون فـى إقامـة النظـام وتحقيق الاستقرار فى المجتمع . بيد أن التساؤل الذى نعرض له ، إنما ينصب علـى الوسيلـة الفنيـة التى استعان بها المشرّع لتحقيـق هـذا الهدف . انظر دكتور / سمير عبد السيد تناغـو : النظرية =

الرأى الأول : القاعدة تقوم على الافتراض :

يذهب أنصار هذا الرأى إلى أن قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، هـى من قبيل الافتراض الـذى يخالف الحقيقـة . فليـس صحيحـا أن الكافـة الذيـن يتوجـه إليهـم خطاب القاعدة القانونية قد علموا بها (١) . ويذهب " جنى *Geny* " فـى هـذا الشـأن ، أنه وإن كانت صياغة القاعدة التى تستخدم فيها كلمة " الافـتراض " ، توحـى بأنهـا تعبر عن احتمال – أى قرينة قانونيـة – إلا أنه نظـرا لتخلـف كـل عنـاصر الاحتمـال ، فـإن القرينة لا تكون موجودة ، بل توجد فقط حيلة قانونية (افتراض) تعبر عن شيء مخـالف للحقيقة ، إذ المقطوع به كذب الادعاء بأن كل شخص يعلم القانون . وينتهى " جنـى " إلى أنه ما دامت كل عناصر احتمال هذا العلم قد انتفت ، فإننا نكـون قـد دخلنـا دائـرة الافتراض (٢) .

---

(١) العامة للقانون ، ص ٦٠٦ وما بعدها . دكتور / أبو زيد عبد البـاقى مصطفـى : الافـتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ٨٨ .

- *Carbonnier (J.) : Cours du sociologie iuridique, 1960 - 1961, P. 117.*
- *Terré (F.) : La role actuel de la maxime " nul n'est censé ignorer la loi", in : Etudes de droit contemporain, nouvelle série, 1966, PP. 91- 123..*

وقد ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن قاعدة " عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقـانون " ليسـت من قبيل القرينة أو الافتراض وإنما هى قاعدة موضوعية .

..land (Georges) : La publication des lois et arrétés. condition du caractére ..atoire et du délai de recours en annulation, présomptions au fictions? Trav. du ..nt. Nat. de recherches, de logiqu.., (Les présomption et les fictions en droit) études publées par Peremanet Foriers. Bruxelle 1974, P. 251.
- *Huberlant (Charles) : La presomption de connaissance de la loi dans le raisonnement juridique, dnas op. cit, P. 186 et s.*

دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفـى : الافـتراض ودوره فـى تطـور القـانون ، ص ٨٨ والمراجع المشار إليها بالهامش رقم (١٦٦) .

(١) دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ٨٤ .

دكتور / سمير عبد السيد تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص ٥٩٨ .

(2) *Gény (F.) : Science et technique en droit privé positif, T. 3, 1921, P. 389 et s.*
- *Breth de la Gressay et labord - Lacoste : Interoduction a l'étude générale de droit, 1947, No 187.*
- *Marty et Raynaud : Droit civil, T.1, Interoduction générale à l'étude du droit, 2 em éd, 1972, No 97.*

الرأى الثانى : القاعدة تقوم على القرينة القانونية :

يرى أنصار هذا الرأى أن قاعدة " عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون " تقوم على فكرة القرينة القانونية ، فالقرينة تقوم على الاحتمال الذى يغلب وقوعه ، فهى وإن كانت تخالف الحقيقة أحيانا ، إلا أنها قد تتفق معها فى أغلب الحالات ، فالمشرع قد أخذ بهذه القاعدة من قرينة علم الأفراد بالقانون (١) . فهذه القاعدة – فى رأى " دابان *Dabin* " – تعيد التوازن بين المنطق الذى يقتضى عدم تطبيق القانون إلا على من يعلم به فعلا ، وبين ضرورات الحياة الاجتماعية التى لا تسمح بعدم تطبيق القانون لعدم العلم به أو لادعاء عدم العلم به . وهذه القاعدة تعبر عن قرينة قانونية طالما يوجد احتمال فى أن يعلم بعض الأشخاص بالقاعدة القانونية التى يراد تطبيقها على الشخص الذى لا يعلم بها . ولا يشترط أن يعلم كل شخص بكل القواعد القانونية حتى توجد القرينة ، إذ لو اشترطنا ذلك لانتقلنا من نطاق القرينة والاحتمال إلى نطاق اليقين وهو غير مطلوب ، بل لو اشترطنا ذلك لما وجدت أية قرينة فى القانون . فكل القرائن القانونية لا يوجد فيها يقين ، بل هى تقوم بحسب تعريفها على الاحتمال والامكان ، ويصدق ذلك على قرينة افتراض العلم بالقانون . وبالنظر إلى نشر القانون فى الجريدة الرسمية ، فإنه يوجد احتمال فى أن يعلم بعض الأشخاص بالقانون ، ويكفى وجود هذا الاحتمال أو الإمكان للقول بأن القاعدة المذكورة تعبر عن قرينة قانونية تجعل من الشيء المحتمل شيئا صحيحا ، لا عن حيلة قانونية (افتراض) تجعل من الشيء غير الصحيح صحيحا (٢) . وقد اختلف أنصار هذا الرأى حول ما إذا كانت هذه القرينة قاطعة لا يجوز إثبات عكسها ، أم أنها قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها .

رأينا فى الموضوع :

يعد الرأى القائل بأن قاعدة " عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون " تقوم على قرينة

---

(١) دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ٨٤ .
- *Lecoq : De la fiction comme procédé juridique, Thèse, Paris 1914, P. 29 - 30.*

(2) Dabin : La technique de l'élaboration du droit positif, Paris 1935, P. 277 - 278.
دكتور / سمير عبد السيد تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص ٥٩٨ .

العلم هو الرأى الأولى بالقبول . فهذه القـاعدة لا يمكـن اعتبارهـا مـن قبيـل الافـتراض . حيث أن الافتراض بحسب تعريفه هو أمر يخالف الحقيقة دائما ، وهو مالا يتوافر فى شأن هذه القاعدة ، إذ أن بعض الأفراد قد يعلمون بالقانون فعـلا ، بينمـا قـد لا يتحقـق هـذا العلم بالنسبة إلى بعض الآخر ، وهـذا هـو جوهـر القرينـة (١) . ويدعـم هـذا الـرأى أن الدولة تقوم من جانبها بتهيئة الوسيلة الكافية – متمثلـة فـى النشـر بـالجريدة الرسميـة – لتمكن الأفراد من العلم بالقانون . فلمـا كـان القـانون يصـدر عـن إرادة الدولـة ، فـإن الدولة تتحمل مسئولية إعلام الناس به ، وعلـى هـذا النحـو فـإن التشـريع – وهـو أهـم مصادر القانون فى العصر الحديث – لا يعتبر ملزما للمخاطبين بأحكامه إلا بعد نشـره . أى بعـد أن تقـوم الدولـة بواجبهـا فــى تحقيــق الواقعـة التـى تـؤدى إلى إمكـان العلـم بالقانون (٢) . وكنتيجة منطقية للفكرة السابقة فإنه إذا استحال العلـم بالقـانون بسـبب قوة قاهرة كفيضان أو حرب أو غير ذلك ، فلا يكون القانون ملزما بالنسبة لمن اسـتحال عليهم العلم به (٣) . ولا يقدح فى هذا الرأى تفاقم ظاهرة الجهـل بالقـانون ، حيـث أن عدد من يعلمون فعلا بالقانون يتناقص مـع زيادة عدد التشريعات وتتابعها ، إذ أن هـذا لا ينفى صفة الاحتمال التى مازالت قائمة .

ونعتقد – مع جانب من الفقه – أن هذه القرينة التى تقـوم عليهـا قـاعدة عـدم جـواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، قرينة بسيطة يمكـن إثبـات عكسـها ، دليـل ذلـك يتمثـل فـى إمكان التمسك بالاعتذار بالجهل بالقانون فى حالة القوة القاهرة . وترتيبا على ذلك فإنه ليس صحيحا ما ذهب إليه الرأى الغالب فى الفقـه مـن أن هـذه القرينـة قاطعـة لا يجـوز إثبات عكسها . فكل ما هنالك أنه يجب التشدد عند إثبات عكسها بحيث يتم التمييز بين الأسباب العامة التى تؤدى إلى الجهل بالقانون،وهذه يمكن الاحتجاج بها ، وبين الأسباب

(١) دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ٨٦ .

(٢) دكتور / سمير عبد السيد تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص ٦٠١ .

(٣) دكتور / سمير عبد السيد تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص ٥٩٦ .

الخاصة التى تتعلق بشخص المخاطب بالقاعدة ، والتى لا يجوز التمسك بها (١) ٠

ثالثا : فكرة العقار بالتخصيص والمنقول بحسب المآل :

تقسم الأشياء على أساس اختلاف طبيعتها المادية وثبات بعضها واستقراره فى مكانـه وتحرك البعض الآخر أو قابليته للحركة إلى عقار ومنقـول (٢) ، ويعـد هـذا التقسيم مـن أهم تقسيمات الأشياء ، نظرا لاختلاف النظام القانونى للمنقولات عن النظام القـانونى للعقارات (٣) . وعلى ذلك فالعبرة فى تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات هـى بمدى قابليتها للثبات والحركة ، فالمعيار موضوعى مستمد من طبيعة الشيء ، فإذا كان الشـيء قابلا للنقل من مكان إلى آخـر اعتـــبر منقـولا ، أمـا إذا انعدمـت إمكانيـة النقـل كـان عقـــارا (٤) ٠

(١) من ذلك الرأى :

دكتور / سمير عبد السيد تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص ٦١٠ - ٦١١ ٠

دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ٨٧ - ٨٨ ٠

(٢) يرجع تقسيم الأشياء على هذا النحو إلى عهد القانون الرومانى ، ومنه انتقل إلى القوانين الجرمانية والقانون الفرنسى القديم . وإن كان قد أضيف إلى الأساس الذى يقوم عليه - الثبات والحركة - أساس اقتصـادى جديد ، يرتكز على ما للعقـار مـن قيمـة اقتصادية كبيرة تتضاءل أمامها قيمـة المنقول ، ولقد تطور هذا الأساس الجديد تطورا أدى إلى القول بأن العقـار هـو كـل مـال لـه قيمـة اقتصادية كبيرة بصرف النظر عن ثباته أو حركته ، وأن المنقول هو كل مال تافـه القيمـة .وبذلـك طغى المعيـار الاقتصـادى الجديد على المعيار الطبيعى القديـم ، ولعـل هـذا التطور كـان مرتبطـا بالظروف الاقتصادية والاجتماعية فى المجتمع الاقطاعى فى تلك الفترة . بيد أن المعيار القديـم بـدأ يأخذ مكانة بعد قيام الثورة الفرنسية ، وتغير الظروف الاجتماعية بالقضاء على الاقطاع . انظر فى تطور أساس التقسيم دكتور / على محمد البارودى : حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصـة ، بحث منشور بمجلة الحقوق ، السنة العاشرة ، العددان الثالث والرابع ، الفقرات ٢٤ : ٢٧ ٠

(٣) دكتور / عبد المنعـم البـدراوى وآخريـن : المدخل للقانون " نظريـة القـانون ونظريـة الحق " ، ص ٥٠٧ ٠

(٤) دكتور / فتحى عبد الرحيم عبد الله وآخرين : المدخل للعلوم القانونية " الكتاب الثـانى ، النظريـة العامة للحق " ، ص ٤٤٤ ٠

أ - الأساس النظرى لفكرة التخصيص فى العقارات :

عرفت المادة (٨٢) من القانون المدنى العقار ، واعتبرت كل مـا عـداه مـن المنقـول . فجاء نص المادة المذكورة أن " كل شيء مستقر بحيزة ثابت فيه ، لا يمكن نقلـه منـه دون تلف ، فهو عقار . وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقـول " . إذن فمنـاط التميـيز بـين العقار والمنقول هو الثبات والاستقرار ، أى عدم القابليـة للنقـل بـلا تلـف ، وبـالنظر إلى طبيعة الشيء المادية . فكل شيء له مستقر ثـابت بحيـث لا يمكـن نقلـه دون تلـف يعتـبر عقارا بطبيعته (١) .

إلا أن استثناء هاما أورده المشرع علـى هـذه القـاعدة ، مـؤداه مخالفـة طبيعـة الأشـياء وإعطاء صفة العقار لبعض المنقولات نظرا لكونها مرصوده على خدمة عقار أو اسـتغلاله ومخصصـة لذلـك ، فتعتـبر - رغـم طبيعتهـا المنقولـة - عقـارات بحكـم القـانون أو بالتخصيص (٢) . وقد نصت على ذلك المادة (٨٢/ ١) من القانون المدنى بقولها " ومع ذلك ، يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذى يضعه صاحبه فـى عقـار يملكـه رصـدا علـى خدمة هذا العقار أو استغلاله " . والحكمـة التى يتغياهـا المشـرع مـن وراء تبنيـه فكـرة العقـار بـالتخصيص ، هـو التوصـل إلى ترتيـب أحكـام العقـار علـى مـا يتبعـه مـن منقولات مرصـودة علـى خدمته أو استغلالـه كفالـة لاستمـرار هـذه الخدمة وذلك الاستغلال ، ومنعا لما قد يجره الإبقاء على طبيعتها المنقولة وخضوعها بالتالى لنظـم مخالفـة للنظم التى يخضع لها العقـار الذى تتبعـه مـن إمكـان فصلهـا عنـه وتعطيـل مـا ترصد عليه من خدمته أو استغلاله (٣) . فالمشرع هنـا يغلـب المصلحـة التى تعـود علـى الأفـراد وعلـى المجتمع ، ويفـترض فـى سبيلها أن المنقـول بطبيعتـه عقـارا حكمـا .

---

(١) دكتور / عبد المنعـم البدراوى وآخرين : المدخـل للقانـون " نظريـة القـانون ونظريـة الحـق " . ص ٥١١ .

(٢) راجع بصفة خاصة فى هذا الموضوع :
Gulphe : L'immobilisation par destination, Thèse, Paris 1943.

(٣) دكتور / حسن كيره : المدخل إلى القانون ، ص ٧١٠ .

فيضحى بذلك بطبيعة الأشياء (١) ٠

وقد اختلف الفقه وهو بصدد بحث الأساس الـذى استند إليـه المشـرع عنـد الأخـذ بفكرة التخصيص ، وقد تنازع هذا الموضوع رأيان فى الفقـه ، الرأى الأول يذهـب إلى أن العقار بالتخصيص يستند إلى نظرية الافتراض القانونى ، والرأى الثانى يذهب إلى أنـه ليس من قبيل الافتراض ٠

الرأى الأول : فكرة التخصيص تستند إلى نظرية الافتراض :

يذهب الرأى الغالب فـى الفقـه إلى أن المشرع عند تبنيه فكرة العقار بالتخصيص قد استند إلى نظرية الافتراض (٢) ، فقد اعتبر المشرع أن المنقول الذى خصصه مالكه لخدمة

---

(١) دكتور / عبـد المنعـم البـدراوى وآخرين : المدخل للقانون " نظريـة القـانون ونظريـة الحـق " ، ص ٥١٣ ٠

ويتلاحظ أن المشرع اشترط شـرطين لاعتبـار المنقـول عقـارا بـالتخصيص ، الأول : وحـده مـالك العقار والمنقول ، والثانى : تخصيص المنقولات لخدمة العقار لا خدمة شخص مالكه . ومتى توافرت شروط اعتبار المنقول بطبيعته عقارا بالتخصيص ، فذلـك لا يعنـى معاملتـه معاملـة العقـار مـن كـل الوجوه ، وإنما يقتصر خضوعه للنظام القانونى للعقارات على الحدود التى تحقق الغايـة التـى قصـد إليها المشرع من وراء هذا الافتراض والمجاز القانونى . فالمشرع عندما خالف طبيعة الأشياء واعتـبر المنقول عقارا بالتخصيص ، فذلك لتحقيق هدف معين ، فيجب قصر معاملة المنقـول علـى أنـه فـى حدود تحقيق هذا الهدف . وعلى ذلك لا يجوز الحجـز علـى العقـارات بـالتخصيص حجـز المنقـول والتنفيذ عليها منفصلة عن العقار المرصودة على خدمتـه واسـتغلاله . بيـد أن كـل الآثـار المتقدمـة المترتبة على اعتبار المنقول عقارا بالتخصيص ، لا تنفـى احتفـاظ المنقـولات المرصـودة علـى خدمـة العقار واستغلاله بذاتيتها وفرديتها ، رغم أنها تأخذ حكم العقار وتتبع مصيره ، لذلـك فـإن العقـار بالتخصيص يعامل معامله المنقـول فـى حالـة امتيـاز بـائع المنقـول بالنسـبة لما يسـتحق لـه مـن ثمـن وملحقات ما دام أن المبيع (المنقول) يحتفظ بكيانـه الذاتـى ماديا ، ولو كان مخصصا لخدمة عقـار (مادة ١١٤٥ / ١ من القانون المدنى) ٠

(٢) دكتور / عبدالمنعم البدراوى وآخرين: المدخل للقانون " نظرية القانون ونظرية الحق "،ص٥١٤ ٠

دكتور / فتحى عبد الرحيم عبد الله وآخرين : المدخل للعلوم القانونية " الكتاب الثـانى ، النظريـة العامة للحق " ، ص ٤٤٩ ٠ =

عقاره واستغلاله ، عقار على خلاف الحقيقة ، ضمانا لاستمرار خدمة العقار واستغلاله ، ومنعا لما يؤدى إليه الإبقاء على صفته كمنقول من إمكان فصله عن العقار الذى خصص لخدمته واستغلاله ، مما يؤدى إلى تعطيل هذه الخدمة أو عرقلة هذا الاستغلال (١) . وقد انتهج المشرع ذلك الاتجاه حرصا على المحافظة على قيمة العقار ، لما فى ذلك من مردود إيجابى على المصلحة القومية ، فأخضع المنقول الذى رصد لخدمة العقار واستغلاله لنفس النظام القانونى للعقارات باعتبار هذا المنقول عقارا حكما وافتراضا .

بيد أن جانبا كبيرا من الفقه - مع تسليمهم بوجود الافتراض - يرى إمكان الاستغناء عن فكرة التخصيص ، وما تقوم عليه من افتراض ، بالأخذ بفكرة التبعية التى لا افتراض فيها ، والتى تؤدى - من وجهة نظرهم - إلى تحقيق الغاية التى قصد إليها المشرع دون حاجة إلى مخالفة الحقيقة . وتقوم فكرة التبعية على أن المنقول يبقى على طبيعته ، غاية الأمر أنه يعتبر تابعا للعقار الذى رصد لخدمته ، وبذلك لا يجوز الفصل بينهما رغما عن إرادة مالكهما،(٢) تطبيقا لقاعدة أساسية من قواعد القانون وهى قاعدة أن التابع يتبع متبوعة أو أن التابع يتبع الأصل .وعلى الرغم من وجاهة فكرة التبعية . فقد انتقدها جانب من الفقه معللا ذلك بعدم صلاحيتها فى ظل التقسيم الحالى للأشياء إلى منقول وعقار ، فإذا كان الأخذ بها ممكنا فيما يتعلق بتبعية المنقول للعقار ، باعتبار أن

= دكتور / حسن كيره : المدخل إلى القانون ، ص ٧١٠ .

دكتور / على البارودى : حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، بحث منشور بمجلة الحقوق . السنة العاشرة ، العددان الثالث والرابع ، ص ٨٠ .

(1) Planiol, Ripert, et Picard; Traité pratique de droit civil Francais, T.III les Piens, 1952, No 75.

- Starck (Boris) : Droit civil. (Introduction), 1972, No 259.

- Marty et Raynaud : Droit civil, T.I, Introduction générale a l'etud du droit, 2 em éd, 1972, No 315.

(2) Planiol, Ripert, et Picard : Traité pratique de droit civil Francais, T.III, 1952, No. 77.

- Marty et Raynaud : Droit civil,T.1, Introduction générale a l'etud du droit, 2 em éd, 1972, No. 315.

- De Page et Dekkers : Traité élémentaire de droit civil Belge, T.5, 1952, No, 647.

المنقول – وهو الفرع – أقل قيمة من العقار – وهو الأصل – فإنه لا يمكن الأخذ بها في الفرض العكسى. فلا يتصور – فى ظل النظام الحالى للقانون – الأخذ بها ، إذ ينبغى للأخذ بها أن تكون مسلمة بإطلاق ، دون نظر إلى طبيعة التابع أو طبيعة المتبوع ، هذا من ناحية ، ومن ناحية ثانية فإن فكرة التبعية تجاوز فى نطاقها حدود فكرة التخصيص . فلئن كانت كل المنقولات المخصصة لخدمة عقار أو استغلاله تعتبر دائما توابع للعقار . فعلى العكس من ذلك لا تعتبر كل توابع العقار مخصصه دائما لخدمته واستغلاله (١) .

الرأى الثانى : فكرة التخصيص لا تستند على نظرية الافتراض :

يذهب جانب من الفقه إلى أن فكرة العقارات بالتخصيص لا تستند فى أساسها القانونى على نظرية الافتراض ، لأن التقسيم إلى عقار ومنقول لا يستند إلى طبيعة الأشياء ، بحيث إذا تمت مخالفته كان هذا من قبيل الافتراض . وفحوى هذا الرأى هو التشكيك فى سلامة المعيار التقليدى الذى استند إليه الفقه فى تقسيم الأشياء إلى عقار منقول . فالفقه الغالب يجد فى فكرة ثبات الشيء وحركته معيارا للتمييز بين المنقول والعقار ، فإذا كان الشيء ثابتا بحيزة لا يمكن نقله من مكانه دون تلف فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك فهو منقول . فالمعيار التقليدى يتكون من شقين : استحالة النقل ، والتلف . فما هو المقصود بالاستحالة ؟ ، لا شك أنها ليست الاستحالة النسبية التى تقوم بالنسبة لشخص معين ، كما أنها ليست الاستحالة القانونية ، فلا يمكن لاعتبار المنقول عقارا أن يحرم القانون نقله من مكان لآخر ، فلا يبقى إذن إلا الاستحالة المطلقة ، وهى تلك التى تقوم بالنسبة إلى جميع الناس ، وبالنسبة إلى الوسائل المعروفة لنا حتى اليوم . وحتى هذه

---

(١) دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ٩١ .

وقد ذهب البعض فى التفرقة بين فكرة التبعية وفكرة التخصيص ، إلى اتجاه آخر سواء فيما يتعلق باختلاف الرابطة التى تربط الشيء التابع بالشيء المتبوع ، وتلك التى تؤدى إلى اعتبار المنقول عقارا بالتخصيص ، أو فيما يتعلق باختلاف الآثار التى تترتب على رابطة التبعية ، وتلك التى تترتب على التخصيص وينتهى إلى أنه لا يمكن أن تحل فكرة التبعية محل فكرة التخصيص نظرا لوجود هذا الاختلاف بينهما . دكتور / على البارودى : حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة . بحث منشور بمجلة الحقوق ، السنة العاشرة ، العددان الثالث والرابع ، ص ٨٩ .

الاستحالة هي في حقيقتها استحالة نسبية ، وما اعتبرت مطلقـة إلا مـن قبيـل التجـاوز . فمع تقدم إمكانات الإنسان ووسائله سيصبح الأمر لا استحالة فيه ، فعقار اليوم سيكون منقول الغد ، ومتى انتفت فكرة الاستحالة انهارت تبعـا لها صفـة العقـار (١) . كمـا أن فكرة التلف بدورها يكتنفها الغموض ، فما المقصود بالتلف ؟ وما هو مقداره ؟ وما هـى طبيعته ؟ ، فمما لا شك فيه أنه يقصد به التلـف المادى ، ولكـن ألا يمكـن تصـور تلـف المنقول إذا نقل من مكان إلى آخر ؟ (٢) ، وعلى العكس من ذلك قد يمكن نقل عقار من مكانه دون تلف (٣) . وينتهـى هـذا الـرأى إلى أن كـل عقـار يمكـن أن يصبـح منقـولا ، لدرجة أن البعض قد ذكر أننا لو بحثنا عن العقارات لما وجدنـا سـوى الأرض ، بـل لقـد اشتط البعـض إلى حـد القـول بـأن الأرض ذاتهـا مـا هـى إلا مجموعـة مـن المنقـولات المتراكمة (٤) . وما دام الأمر كذلك فلا مجال للافتراض .

وقد انتقد جانب من الفقه ذلك الاتجـاه ، لأنـه يتطـرف فـى إنكـار التقسـيم إلى عقـار ومنقول ، بحيث لو أخذت الأمور على هذا النحو الذى يتجه إليـه ، لانقلبـت كثير مـن الأوضاع المستقرة وانهار البناء القانونى كله . فالمشرع أو الفقيـه ، حينمـا يعـرض لأمـر من الأمور ، إنما يعرض له فى حدود الزمان والمكان والظروف الاجتماعية السائدة ، أمـا خارج هذا النطاق فكل شيء نسبى ولا يوجد ما يسمى بالحقيقة المطلقة ، وهو مالا يهتم

---

(١) يذكر الأستاذ الدكتور / على البارودى مثالا على ذلك بمشروع إنقاذ معبد أبى سنبل ، وكيف أن بعض الشركات – بما لديها من وسائل فنية متطورة – قد تقدمت بعروضهـا لنقـل المعبـد بأسـره ، وبالأرض من تحته إلى قمة جبل قريب . وبذلك يمكن القـول بـأن معبـد أبـى سـنبل منقـول وليـس عقارا ، ما دام أن نقله بدون تلف قد خرج من نطاق الاستحالة المطلقة . انظر بحث سيادته : حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، بحث منشور بمجلـة الحقـوق ، السـنة العاشـرة ، العـددان الثـالث والرابع ، ص ٩١ .

(٢) كما لو كان أثرا قديما هشا بفعل الزمن .

(٣) كقطع الأحجار من المحاجر ، أو المعادن من المناجم – وهى عقارات – بدون تلف .

(٤) دكتور / على البارودى : حول المنقولات ذات الطبيعـة الخاصـة ، بحـث منشـور بمجلـة الحقـوق . السنة العاشرة ، العددان الثالث والرابع ، ص ٩٢ .

- *Lecoq : De la fiction comme procédé juridique , Thèse, Paris 1914, P. 153.*

به رجل القانون وقد يهتم به رجل الفلسفة (١) .

الخلاصة :

من العرض السابق نخلص إلى رفض الرأى الثانى الذى يذهب إلى أن العقار بالتخصيص لا يقوم على نظرية الافتراض ، ونرى أن اعتبار المنقولات عقارات بالتخصيص هو اعتبار حكمى مجازى من المشرع يقوم على نظرية الافتراض .

ب - الأساس النظرى لفكرة المنقول بحسب المآل :

إذا كان المشرع يكتفى بتعريف العقار ، مما يترك تعريف المنقول يستنبط عن طريق الاستبعاد ، فمعنى ذلك أن كل شيء لا تتوافر له صفة العقار - أى صفة الثبات والاستقرار فى حيزه - يعتبر منقولا بالطبيعة . بيد أن ثم استثناء يرد على هذا الأصل ، إذ تعتبر بعض الأشياء - خلافا لطبيعتها - منقولات بحكم القانون ، وهى المنقول بحسب المآل (٢) . والمنقولات بحسب المآل هى أشياء ثابتة ومتصلة بالأرض أصلا ، إلا أنها معدة لكى تنفصل عنها وتصبح منقولات فى وقت قريب ، فينظر إليها القانون باعتبار ما ستؤول إليه ويستبق الزمن ويضفى عليها صفة المنقول (٣) .

ولم يضع المشرع قاعدة عامة فى شأن اعتبار بعض العقارات منقولات بحسب المآل ، ولكنه فى نصوص خاصة قليلة عامل بعض العقارات المعدة للانفصال عن أصل

---

(١) دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ٩٥ .

(٢) ينبغى اجتناب الخلط بين المنقولات بالمآل وبين الأشياء المستقبلة ، فالمنقولات بالمآل ليست أشياء مستقبلة وإنما هى أشياء موجودة متحققة ، ولكن طبيعتها القانونية وحدها هى المتأثرة بحسب ما ستؤول إليه هذه الأشياء فى المستقبل . دكتور / حسن كيرة : المدخل إلى القانون ، ص ٧١٥ هامش رقم (٣) .

وانظر فى ذلك بصفة خاصة :

- *Fréjaville : Des meubles par anticipation, Thèse, Paris 1927.*

(٣) دكتور / عبد المنعم البدراوى وآخرين : المدخل للقانون " نظرية القانون ونظرية الحق " ، ص ٥١٩ .

ثباتها واستقرارها معاملة المنقول ، لا باعتبار طبيعتها الحالية وإنما باعتبار مآلها المستقبل (١) .

ولم يلبث الفقه والقضاء أن استخلصا من مثل هذه النصوص الخاصة نظرية عامة فى هذا الشأن ، بمقتضاها تعتبر بعض العقارات منقولات بالمآل ، إذا كانت إرادة المتعاقدين تنظر إليها باعتبار ما ستؤول إليه فى القريب من فصل مؤكد عن أصل ثابتها يصيرها منقولات بالطبيعة . إذ ما دام المآل المنقول لهذه العقارات هو محل اعتبار المتعاقدين عليها ، فلا حرج من استباق المستقبل ومعاملتها منذ التعاقد على هذا الأساس وبحسب هذا المآل (٢) .

ويذهب الرأى الغالب فى الفقه إلى أن المنقول بحسب المآل يستند فى أساسه إلى نظرية الافتراض القانونى ، نظرا لأنه يقوم على ما يخالف الحقيقة . فالمشرع يفترض أن العقار منقول – على خلاف الحقيقة – حتى يطبق عليه بعض أحكام المنقول (٣) . ومثل هذا الافتراض القانونى إنما تبرره الغاية منه ، ذلك أن بعض العقارات بطبيعتها تكون معده – إما بحسب طبيعتها وإما بإرادة الأفراد – لكى تصير منقولات بالطبيعة فى القريب ، فيكون من النافع استباق هذا المآل القريب دون انتظار حلوله وإخضاعها لحكم المنقول لا لحكم العقار ، تيسيرا فى الإجراءات وتخفيفا من القيود فيما يرد عليها

(١) من قبيل ذلك ما ينص عليه المشرع المصرى من إتباع إجراءات حجز المنقول بالنسبة للثمار المتصلة والمزروعات القائمة ، ولكن مع عدم جواز هذا الحجز إلا خلال مدة محدده قبل موعد نضجها (م ٣٥٤ مرافعات) . ومن هذا القبيل كذلك أن التقنين المدنى يضع بين حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول ، امتياز المبالغ المنصرفة فى البذر وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات والمبالغ المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد على المحصول الذى صرفت فى إنتاجه (م ١١٤٢/ ١) وامتياز مؤجر الأراضى الزراعية بأجرتها على ما يكون موجودا فيها من محصول زراعى (م ١١٤٤ / ١) رغم أن المحصول قبل حصده يعتبر عقارا بالطبيعة .

(٢) دكتور / حسن كيره : المدخل إلى القانون ، ص ٧١٦ .

(٣) دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ٩٦ .

من تصرفات أو حجوز (١) .

ويذهب رأى فى الفقه إلى أن المنقول بحسب المآل لا يعد من قبيل الافتراض . ويؤسس رأيه على أن الافتراض يقوم على مخالفة الحقيقة دائما ، ولما كان المشرع المصرى لم يضع قاعدة عامة فى شأن المنقولات بحسب المآل ، فقد استخلص الفقه من النصوص القليلة التى أوردها ضرورة توافر شرطين لثبوت صفة المنقول بحسب المآل . أولهما : أن يكون المصير المحقق للعقار هو التحول إلى منقول بطبيعته سواء كان ذلك بحسب طبيعته أم بإرادة المتعاقدين ، وثانيهما : أن يتم التحول فى القريب . ومن جماع هذين الشرطين – من وجهة نظر صاحب هذا الرأى – أن معاملة مثل هذا العقار باعتبار مآله لا تخالف الحقيقة ، بل تتفق معها ، كل ما هنالك أننا نستبق الزمن ولا نرى ضرورة لانتظار هذا المآل ، فنجرى عليه الحكم بحسب هذا المآل القريب (٢) .

الخلاصة :

ومن العرض السابق نخلص إلى رفض الرأى الثانى الذى يذهب إلى أن المنقولات بحسب المآل لا تقوم على نظرية الافتراض ، ونرى أن المنقولات بحسب المآل تقوم فى أساسها النظرى على الافتراض القانونى .

رابعا : فكرة الأثر الرجعى :

تعد فكرة الأثر الرجعى من أكثر الأفكار القانونية انتشارا ، وأكثرها جدلا بين الفقهاء . ويقوم الأثر الرجعى على افتراض أن تصرف من التصرفات ، أو واقعة من الوقائع ، قد حدثت فى وقت سابق على الوقت الذى وقعت فيه (٣) . وبهذا التصور لفكرة الأثر

(١) دكتور / حسن كيره : المدخل إلى القانون ، ص ٧١٥ .

دكتور / عبد المنعم البدراوى وآخرين : المدخل للقانون " نظرية القانون ونظرية الحق " . ص ٥١٩ .

- *Lecoq : De la fiction comme procédé juridique, Thèse, Paris 1914, P. 153.*

(٢) انظر فى تفصيلات هذا الرأى : دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ٩٧ .

(3) *Gallet (Aimé) : Etude sur la fiction de retroactivité dans le droit francais. Thèse, Poitiers 1903, P. 7.*

الرجعى – باعتبارها من قبيل الافتراض – يمكن أن نجد لها تطبيقات عديـدة فى القـانون المصرى ، ومن أبرز هذه التطبيقـات الأثـر الرجعـى للقسـمة ، والأثـر الرجعـى للبطـلان والفسخ (١) .

أ – الأثر الرجعى للقسمة :

تنص المادة ٨٤٣ من القانون المدنى المصرى على أنه : " يعتبر المتقاسم مالكـا للحصـة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع ، وأنه لم يملك غيرها فى بقية الحصص " . وهـذا النص يقرر أمرين ، أولهما : أن القسمة ذات أثر كاشـف لحق المتقاسـم ، فهـى تكشـف عن حق موجود للمتقاسم من قبل ، ولم تنشىء له حقا جديـدا . وثانيهمـا : أن للقسـمة أثرا رجعيا ، فيعتبر المتقاسم أنه قد تملك الجزء المفرز الذى آل إليه ، لا من تـاريخ وقـوع القسمة ، وإنما منذ بدء حالة الشيوع .

ويسلم الفقه بأن هذا النص بتضمن افتراضا قصد إليـه المشـرع ، لحمايـة المتقاسـم مما يكون قد رتبه غيره من الشركاء – أثناء قيام حالة الشـيوع – مـن تصرفـات علـى هـذا الجزء المفرز الذى آل إليه، تحقيقا لمبدأ المساواة الذى ينبغى أنه يسود بـين المتقـاسمين . إلا أن الفقه اختلف فيما إذا كان الافـتراض يشـمل الأثـر الكاشـف والأثـر الرجعـى أم أنـه ينحسر عن أحدهما . إذ يرى البعض أن الافتراض يقوم بالنسبة لكل من الأثر الكاشـف والأثر الرجعى ، بينما يرى البعض الآخر أن الافتراض لا يقوم إلا بالنسبة للأثر الرجعـى وحده أما الأثر الكاشف فيعتبرونه نتيجة طبيعية للقسمة .

الرأى الأول :الافتراض يتحقق بالنسبة للأثر الكاشف والأثر الرجعى معا:

يذهـب أنصـار هـذا الـرأى إلى أن للقسـمة أثـرا كاشـفا وأثـرا نـاقلا ، فهـى تكشـف للمتقاسم عما كان له من نصيب شـائع فـى الجـزء المفـرز الـذى آل إليـه ، بإفراز هـذا النصيب من ناحية ، كما أنها تنقل إليه – عن طريق المقايضة – ما كان مملوكـا لشـريكه شائعا قبل القسمة ، فـى هـذا الجزء ، فى مقابل نقل نصيبه المملوك له فى الجزء الآخر

---

(١) انظر فى تفصيلات هذا الموضوع ، دكتور / أبو زيد عبد البـاقى مصطفى : الافـتراض ودوره فـى تطور القانون ، ص ٩٨- ١١٠ .

الذى اختص به الشريك (١) ،

ويرى أنصار هذا الرأى ، أنه نظرا لتعارض هذين الأثرين ، فإنه ينبغى تغليب أحدهما على الآخر ، وقد دعت الضرورات العملية تغليب الأثر الكاشف للقسمة على الأثر الناقل (٢) . لذلك فإن أقول بالأثر الكاشف ينطوى على افتراض ، لأنه يخالف الحقيقة التى تؤكد أن للقسمة فى جزء منها أثرا ناقلا . كما أن القول بالأثر الناقل ينطوى بدوره على افتراض ، لأنه يخالف الحقيقة القائلة بأن للقسمة فى جزء منها أثرا كاشفا ،

ويتضح الافتراض فى الأثر الرجعى للقسمة حيث أنه يقصد بذلك الأثر الرجعى أن الشريك المتقاسم ، الذى آل إليه جزء مفرز من المال ، يعتبر أنه يملك هذا الجزء منذ بدء حالة الشيوع ، وهذا إفتراض يخالف الحقيقة التى تؤكد قيام حاله الشيوع فى الفترة السابقة على القسمة . فهذا الافتراض يخالف الحقيقة التاريخية التى تؤكد قيام حالة الشيوع فى الفترة السابقة ، كما يخالف مبدأ السببية ، فالشىء لا يوجد قبل سببه والقسمة هى سبب الإفراز ، وكان هذا يقتضى أن آثار القسمة لا تترتب إلا منذ وقوعها ،

الرأى الثانى : الافتراض يقوم بالنسبة للأثر الرجعى وحده :

يرى أنصار هذا الرأى أن للقسمة أثرا كاشفا ، ولكن لا حاجة إلى القول بالأثر الرجعى للقسمة . فالمقصود بالأثر الكاشف قد تغير فى الفقه الحديث عنه فى الفقه التقليدى ، فبينما كان المقصود بالأثر الكاشف فى الفقه التقليدى مجرد الكشف عن حق كان ثابتا من قبل للشريك المتقاسم ، دون تعديل فى عناصره ، فكان مجرد تصرف

---

(١) انظر فى استعراض هذا الرأى :

- *Schmidt - Szalewski (Joanna) : Les fictions en droit privé, archives de philosophie du droit, T.20, 1975.*
- *Issa - Sayegh (Joseph) : Les fictions en droit privé, Thèse, Dakar 1968, P. 175.*
- *Aubry et Rau : Droit civil francais, T.10, 6 éd, 1954, P. 200.*

(٢) وهذا ما جعل المشرع المصرى ينص فى المادة ٨٤٣ على هذا الأثر وحده . بينما كان القانون الرومانى يغلب الأثر الناقل على الأثر الكاشف ، فكان يعتبر القسمة ناقلة لا كاشفة ،

إقرارى أو اعترافى بالحق (١) . إلا أن ذلك المفهوم قد تغير فى الفقه الحديث ، إذ أصبح للأثر الكاشف مدلولا أوسع من ذلك ، فلم يعد يقتصر على مجرد الكشف عما كان من حق للشريك المتقاسم ، بوصفه الشائع ، وإنما بوصفه الجديد ، تخلص له به ملكية النصيب المفرز ملكية كاملة مقصورة عليه ومطهرة من كل عبء أو حق قرره عليها الشريك الآخر (٢) ٠ وينتهون من ذلك التحليل إلى أن الأثر الكاشف للقسمة يتفق وطبيعتها ، فهو يعمل على تحقيق التطابق بين المحل المادى للحق ، وبين ما يرمز له من حصة مجرده . والأثر الكاشف على هذا النحو لا يتضمن – من وجة نظرهم – ثمة افتراض ، لأنه لا ينكر حقيقة وجود حالة الشيوع فى الفترة السابقة على القسمة . كما أنه يغنى – بهذا المفهوم الحديث – عن فكرة الأثر الرجعى ، التى هى محض افتراض . لأن الشريك سيحصل على نصيبه المفرز خاليا من كل حق ، أو عبء تقرر عليه ، أثناء حاله الشيوع . وخلاصة هذا الرأى أن الأثر الكاشف لا يتضمن افتراضا ، إذ يتفق وطبيعة القسمة ، ويؤدى بمفهومه الحديث إلى تحقيق حماية الشريك المتقاسم من عبء التصرفات التى يمكن أن يكون قد رتبها غيره على النصيب المفرز الذى آل إليه ، ومن ثم ينتهى أنصار هذا الرأى إلى رفض فكرة الأثر الرجعى لما تنطوى عليه من افتراض لا تدعو إليه الحاجة (٣) ٠

الخلاصة :

نحن نعتقد – مع جانب من الفقه – أن المحاولات التى بذلت لرفض الافتراض لم تحقق نجاحا ، ولذلك ، فنحن نؤيد اتجاه الأستاذ الدكتور / عبد الرزاق السنهورى ، من أنه لا ضرر من الإبقاء على النص فى صورته الحالية ، بما يقرره من أثر كاشف وأثر رجعى .

(1) *Merle (Roger) : Essai de contribution à la theorie générale de l'effet declaratif en droit civil Francais, Thèse, Toulouse 1949, Nos 2,3 et 242.*

(2) *Hebraud : Apropos d'une forme particulière de copropriété, la copropriété par appartement, Revue trimestrielle de droit civil, 1938. P. 63.*

- Boyer : La notion de transaction, contribution a l'etude des concepts de cause et d'acte déclaratif. Thèse, Toulouse 1947, P. 361 et s.

(٣) دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ١٠٢ ٠

يقوم على الافتراض تحقيقا للحماية المطلوبة للشريك المتقاسم إلى أن يستقر الأمر في الفقه بشأن المفهوم الجديد لفكرة الأثر الكاشف باعتبارها حقيقة (١) .

ب - الأثر الرجعي للبطلان والفسخ :

تنص المادة ١/١٤٢ من القانون المصري على أنه : " في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل " . كما تنص المادة ١٦٠ على أنه : " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد . فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض " . ومن هذين النصين يتضح أن المشرع المصري يقرر أنه في حالة البطلان والفسخ يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد ، بمعنى أن للبطلان والفسخ أثرا رجعيا . ومن هنا يثور التساؤل عما إذا كان هذا الأثر الرجعي ينطوي على افتراض أم لا ؟

ذهب " جني *Geny* " إلى أنه يقوم على الافتراض . وإن كان قد أورد هذا الرأي بصورة عابرة وهو يذكر أمثلة للافتراض (٢) .

بيد أن " دابان *Dabin* " انتهى - بحق - إلى أن الأثر الرجعي في كل من البطلان والفسخ ، لايتضمن ثمة افتراض ، وإنما هو يتفق مع الحقيقة . ويستند في ذلك إلى أن العقد الباطل بطلانا مطلقا عدم لا ينتج شيئا ، ولم يوجد في أي لحظة ، ومن ثم فإن رد

---

(١) إذا كنا نسلم بهذا الافتراض ، إلا أننا - في الوقت ذاته - لا نسلم بكل النتائج التي يمكن أن يؤدي إليها الأثر الكاشف ، وإنما يقف فقط عند الغرض الأساسي منه ، الذي قصد إليه المشرع بحماية الشريك المتقاسم مما يكون قد رتبه غيره من الشركاء - أثناء قيام حالة الشيوع - على الجزء المفرز الذي آل إليه بالقسمة ، من حقوق أو أعباء لصالح الغير . أما ما عدا ذلك فلا يؤخذ فيه بالأثر الرجعي ، لأن الافتراض يقوم على مخالفة الحقيقة ، ومن ثم يجب أن يتبع في شأنه مبدأ التفسير الضيق ، بحيث لا يجاوز الغرض المقصود منه ، أما ما عداه فينبغي العود فيه إلى الوضع الحقيقي بعيدا عن كل افتراض . دكتور / أبو زيد عبد الباقي مصطفى : الافتراض ودوره في تطور القانون ، ص ١٠٧ .

(2) Geny : Science et technique, T.3, 1921, P. 363 et P. 382.

المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل إبرامه يتفق مع الحقيقـة تماما ، فلا محل للقول بالافتراض . أما العقد الباطل بطلانا نسبيا فهو بدوره ، وإن كان قد وجد فعلا لحظة إبرامه ، إلا أنه قد اقترن بعيب من العيوب ، بحيث يمكن القول من الناحية التاريخية أنه لم يوجد صحيحا ، وحين يتقرر إبطاله بأثر رجعى فإن هذا يتفق مع حقيقته تماما ولا ينطوى على افتراض ما . أما إذا قرر المشرع بقاء بعض آثار العقد الباطل ، التى نتجت فى الماضى ، خروجا على الأثر الرجعى للبطلان ، فإن هذا ما يعتبر من قبيل الافتراض (١) . وينطبق على الأثر الرجعى للفسخ ما ينطبق على الأثر الرجعى للبطلان ، نظرا لأن العقد الذى تقرر فسخه ، وإن وجد صحيحا من الناحية القانونية ، إلا أنه لم ينفذ فى أى وقت من أحد طرفيه . ولذلك فإنه متى تقرر فسخه ، وارتد بأثر رجعى إلى وقت إبرامه ، كان متفقا مع الحقيقة تماما ولا ينطوى على ثمة افتراض (٢) .

---

(١) كما هو الحال فى إبقاء بعض الآثار التى تترتب علـى الزواج الباطل ، مراعاة لمصلحة الأولاد . وحسن نية الزوجين أو أحدهما . فمثل هذا الحكم يعتبر من قبيل الافتراض . ولذلك يطلق على الزواج الباطل – فى هذه الحالة – الزواج الظنى .

- *Dabin : La technique de l'elaboration du droit positif, specialement en droit civil, 1935, P. 309 - 312.*

وفى نفس هذا الاتجاه :

- *Sayegh (Joseph) : Les fiction en droit privé, Thèse, Dakar 1968, P. 292.*
- *Lecoq (Lucien) : De la fiction comme procédé juridique, Thèse, Paris 1914, P. 257.*

دكتور / سمير عبد السيد تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص ٤٠٥ .

(٢) دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ١٠٨ – ١١٠ .

الخاتمة

الافتراض القانوني بين الإبقاء والإلغاء

بعد أن عرضنا للافتراض القانوني من شتى جوانبه وزواياه ، سواء من حيث تأصيله كفكرة قانونية لها ذاتيتها التي تميزها عن غيرها من الأفكار الأخرى المقاربة ، ومن حيث تقسيماته العلمية ، ومن حيث الدور الذي أداه في القوانين القديمة والذي ما زال يؤديه - بدرجة أقل - في القوانين الحديثة ، نرى في هذا الصدد وجوب توضيح رأى الفقه من الافتراض . ونستطيع أن نقرر أن الفقه لا ينكر وجود الافتراض كفكرة من الأفكار القانونية القائمة ، بيد أن الخلاف يثور بشأن مسألة أخرى تتعلق بمدى لزومه من عدمه ، وما يترتب على ذلك من ضرورة الإبقاء عليه أو ضرورة التخلص منه (١) . وفي الواقع يمكننا أن نقف على آراء ثلاثة في هذا الشأن .

الرأى الأول : يرى أنه لا ضرورة تدعو إلى الأخذ بالافتراض ، حيث أن الافتراض كذب وتزوير للحقيقة بما يتنافى مع طبيعة الأشياء ، ومن ثم ضرره أكثر من نفعه . وينبغي لذلك التخلص منه ، وعلى المشرع أن يجتهد في بناء الأحكام على أساس من الواقع ، ومحاولة تحقيق الغرض من القاعدة بطريقة مباشرة بدلا من وضعها في شكل افتراض (٢) . وإذا كان الافتراض قد وجد في الشرائع القديمة _ لظروف خاصة بها ، لعل أهمها الجمود والشكلية - فإن وجوده لم يعد مقبولا في القوانين الحديثة

---

(١) دكتور / أبو زيد عبد الباقي مصطفى : الافتراض ودوره في تطور القانون ، ص ١١١ .

(٢) دكتور / أبو زيد رضوان : مفهوم الشخصية المعنوية بين الحقيقة والخيال ، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، يناير ١٩٧٠ ، العدد الأول ، ص ١٩٦ .

دكتور / منصور مصطفى منصور : نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المدني المصري . ص ٩٩ هامش (١) .

- *Roubier (P.) : Teoire générale du droit, 2 éd, 1951, P. 116.*
- *Lecoq (Lucian) : De la fiction comme procédé juridique, Thèse, Paris 1914, P. 254 et s.*
- *Gallet (Aimé) : Etude sur la fiction de retroactivité dans le droit francais, Thèse, Poitiers 1903, P. 175.*

بعد زوال هذه الظروف (١) •

وقد ذهب بعض الشراح إلى أن الشرائع الحديثة قد قطعت صلتها بالافتراض بحسبان أنه لا حاجة بهذه الأمم إلى مثل هذا الأسلوب الفطرى لتقدير مبدأ صالح أو تعليل نظـام سليم (٢) •

الرأى الثانى : ويذهـب إلى عكـس مـا ذهـب إليـه أصحـاب الـرأى الأول ، فـيرى ضرورة الإبقاء على الافتراض كوسيلة لاغنـى عنهـا مـن وسـائل تطـور القـانون ، حيـث تدعو إليه الضرورات العملية ، وسيظل دوره ولن يختفى أبدا ، لأن أسباب بقائـه سـتظل قائمة ، فالحاجات العملية متجددة دائمـا ، وبقـدر تجددهـا تكـون الحاجـة إلى الاسـتعانة بالافتراض قائمة ، وإذا كان الافتراض قـد أدى دورا بـارزا وهامـا فـى الشـرائع القديمـة وبصفة خاصة فى القانون الرومانى ، فإنه مازال يـؤدى هـذا الـدور _ وإن لم يكـن علـى نفس الدرجة – فى التشريعات الحديثة (٣) . ويعد من أهم دواعى بقاء الافتراض – فـى نظر هذ الرأى – أنه وسيلة تيسر الحصول على الحل الملائـم ، فيـؤدى إلى الاقتصـاد فـى الجهد وأعمال الذهن (٤) •

الرأى الثالث : وهذا الرأى يتخذ موقفا وسطا بين الرأيـين السـابقين ، إذ يذهـب إلى أنه وإن كان لا يمكن إنكار دور الافـــتراض فـــى تطـــور القـانون ، إلا أنـه مـن ناحيـة أخرى لا يمكن تجاهل ما ينطوى عليه من مخـاطر تنتـج عـن مخالفتـه للحقيقـة . فـإذا كـان ينبغى التسليم بوجوده كوسيلة دعت إليها الضرورات العملية، إلا أنه يجب القـــول بأنه

---

(١) دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ١١٢ •

(2) Main : Ancient law, 1920, P. 32.

(3) Dekkers (René) : La fiction juridique, étude de droit romain et de droit comparé, Thése, Paris 1935, P. 234.

- Geny (F.) : Science et technique en droit, 1921, P. 414.

- Sayegh (Joseph) : Les fiction en droit privé, Thèse, Dakar 1968, P. 197.

- Fuller : Quels matif donnet naissance à la fiction légal historique? Trad par Jules Hella. Recueil d'etudes sur les sources du droit en l'honneur de Francois Jeny, T.2, P. 170.

(٤) دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ١١٣ •

وسيلة مؤقتة مآلها إلى الاختفاء (١) . ومما يؤكد هذا النظر ، أن الدور البارز الذى كان يؤديه الافتراض فى تطبيقات عديدة فى القوانين القديمة ، قد بدأ يتضائل فى التشريعات الحديثة ، فكثير من المسائل التى كانت تعتبر من قبيل الافتراض قد اختفت بصورة نهائية أو تلمس الفقه لها أساسا جديدا يتفق مع الحقيقة . فكلما تقدم الفكر القانونى . وكذلك الوسائل التى يستعان بها فى بناء القواعد القانونية ، كلما تضائل حظ الافتراض ، وسنصل إلى اليوم الذى يختفى فيه نهائيا ولكن بصورة تدريجية (٢) •

ومن جانبنا ، فنحن لا نشك فى تطرف الرأى الأول القائل بضرورة التخلص من الافتراض ، حيث أن الافتراض ما زال يؤدى دورا فى القوانين الحديثة لا يمكن إنكاره .

---

(1) Geny (F.) : Science et technique en droit, 1921, P. 417.
- Demogue : Les notions fondamentales du droit privé, 1911, P. 247.
- Roger (René) : De role de la fiction en droit, G.P. doc., 1935, P. 39.
- Schmidt - Szalewski : Les fictions en droit privé, Archives de philosophie du droit, T. 20, 1975, P. 285.
- Fuller : Quels motif donnet naissance à la fiction legal historique ? Trad par Jules Hella. Recueil d'etudes sur les sources du droit en l'honneur de Francois Jeny, T.2, P. 166.

حيث يقرر " فلر" أن الباعث الوحيد على مشروعية الافتراض يتمثل فى كونه وسيلة سهلة ومريحة فى تطوير القانون ، بإدماج القواعد الجديدة ضمن إطار النظم القائمة دون حاجة إلى تعديل صريح لهذه النظم •

دكتور / حسن كيرة : أصول القانون ، الطبعة الثانية ١٩٥٨ ، ص ٢٥١ •

دكتور / أحمد سلامة : التأمينات المدنية ، طبعة ١٩٦٦ ، ص ٣٣ •

دكتور / ثروت حبيب : دروس فى المدخل لدراسة القانون " القاعدة القانونية " ، طبعة ١٩٧٥ . ص ١٦٥ •

دكتور / سمير عبد السيد تناغو : النظرية العامة للقانون ، طبعة ١٩٧٤ ، ص ٤٠١ •

دكتور / عبد الحى حجازى : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ١- القانون وفقا للقانون الكويتى ، طبعة ١٩٧٢ ، ص ٤٣٠ . حيث يجرى سيادته تفرقة بين المجازات التاريخية ، والمجازات الدوجمايته (العلمية) . ويرى أن الأولى قد اختفت بتطور النظام القانونى وفق طرق علمية أفضل ، أما الثانية فهى باقية وينبغى الحفاظ عليها فهى خليقة بالثناء لو استعملت بمهارة وحكمه •

(٢) دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ١١٤ •

كما أن الرأى الثانى يغالى أيضا فى تأكيده على بقاء فكرة الافتراض وعدم زواله(١). ومن هنا فنحن نميل إلى الأخذ بالرأى الثالث والذى لا ينكر دور الافتراض فى تطور القانون ويذهب إلى أنه أصبح وسيلة مؤقتة مآلها إلى الزوال .

ولما كان الافتراض وسيلة استثنائية دعت إليها الضرورات العملية ، فإنه يثور التساؤل فى هذا الصدد بشأن المبدأ الذى يحكم تفسير الافتراض عند تطبيقه . ويذهب رأى فى الفقه إلى أنه ينبغى أن يفسر الافتراض تفسيرا واسعا ، فإذا كان قد تم التسليم بضرورته العملية ، فيجب أن يطبق تطبيقا واسعا – بما يستلزمه ذلك من تفسير واسع – بحيث تتحقق الغاية منه كاملة (٢) . بينما يذهب رأى آخر إلى التمييز بين حالتين : حالة ما إذا كان هناك مبدأ عادل ونافع ألبسه المشرع ثوب الافتراض لتيسير تطبيقه العملى . ففى هذه الحالة يجب أن يفسر تفسيرا واسعا يؤدى إلى توسيع نطاق تطبيقه إلى أبعد حد ، أما الحالة الثانية فهى حالة ما إذا تمثل الأمر فى حل تحكمى يفرضه المشرع . فينبغى تفسيره تفسيرا ضيقا (٣) . ونعتقد – مع جانب من الفقه – أن هذه التفرقة تحكمية ، ويصعب الوقوف عليها فى كثير من الحالات (٤) . إلا أن جمهور الفقه يذهب إلى ضرورة تفسير الافتراض تفسيرا ضيقا – فى كل الأحوال – فى حدود الغرض منه.

---

(١) ويرى الدكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : " أنه بالرغم مما يبدو فى الرأى الثانى من مغالاة . حين يؤكد أن الافتراض سيبقى ، ولن يزول أبداً ، يمكن تفسيره تفسيرا يقر به من الرأى الثالث . فيمكن القول أن هذا الرأى يتجه إلى أن فكرة الافتراض ذاتها ستظل باقية ما دامت الحاجات والضرورات العملية التى تدعو إلى الأخذ بها متجددة ، وإن كانت تطبيقات الافتراض فى بعض الحالات قد تختفى ، إلا أن هذا لا يمنع القول بوجوده فى تطبيقات أخرى كلما دعت الضرورات العملية إلى ذلك . وهكذا نستطيع أن نقرر أن الخلاف بين الرأيين ، الثانى والثالث ، ليس كبيرا وإن كان قائما ، فبينما يؤكد الرأى الثانى على بقاء فكرة الأفتراض ذاتها ، نجد أن الرأى الثالث يقرر أنها ستختفى ، وإن كان ذلك سيتم بصورة تدريجية " . انظر مؤلف سيادته : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ١١٥ .

(2) Demogue : Les notions fondamentales du droit privé , 1911, P. 246.

(3) Geny (F.) : Science et technique en droit, 1921, P. 436.

(٤) دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ١١٦ .

فإذا كانت الضرورات العملية هى التى دعت إلى الأخذ به ، فإن الضرورة تقدر بقدرهـا ومن ثم فيجب الوقوف به عند الغرض منه ، ومـا يخـرج عـن حـدود هـذا الغـرض يجب الرجوع فى شأنه إلى الحقيقة (١) . وهذا الرأى جديـر بالتـأييد ، وقـد أيـده المشـرع فـى كثير من الحالات التى لجأ فيها إلى الافتراض ، كما أن القضاء بدوره قد إتجـه إلى الأخـذ بمبدأ التفسير الضيق كلما تعرض للأحكام القانونية التى تقوم على الافتراض .

الخلاصـة : أن التشريع الحديث لم يقطع كل صلة بالافتراض تحـايلاً علـى الواقـع أو على القانون . وقد كان الافتراض فى العصور القديمة فى الغالب أداة يستعين بها القضاء أو الأفراد لتعديل حكم النصوص أو توسيعها ، فإذا بالافتراض فى العصر الحديث مقـرر فى النصوص مع اشتهار مخالفته للواقـع الملمـوس (٢) . والراجـح أنـه وعلـى الرغـم مـن ضعف الدور الذى يلعبه الافتراض فى العصر الحديث – لتغــير الظـروف التـى ألجـأت لاستعماله – إلا أن دوره لم ينعدم تماما ، فما يزال كل من الفقه والقضـاء بـل والمشـرع نفسه يستخدم الافتراض بوصفه من وسائل تطور القانون فى حالات محدده . ولكن يجب أن نلاحظ أن الافتراض فى القانون الحديث يكاد يقتصر دوره علـى تـبرير بعـض النظـم القانونية وتصويرها فى صورة افتراضات نظرية حتى يسهل فهـم القـانون ، وحتـى يمكـن حصر الحالات التى تنطبـق فيهـا قاعـدة من القواعد القانونية ، ونكاد لا نعثر علـى أثر

---

(1) Breth De la Gressaye, et Labord Lacoste: Introduction générale à l'étude du droit, Paris 1947, P. 151.

- Lecoq (Lucian) : De la fiction comme procédé juridique, Thèse. Paris 1914, P. 245.

- Merlin : Repertoire univeresl et raisonné de jurisprudence, 5e éd 1880, T.4, V.Fiction.

- Desserteaux : Essai d'une theorie générale de l'effet declaratif en droit francais, Thèse, Dijonon 1908, P. 289.

دكتور / حسن كيره : أصول القانون ، ص ٢٥٢ .

دكتور / أحمد سلامة : التأمينات المدنية ، ص ١٣٣ .

دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ص ١١٦ .

(٢) دكتور / على بدوى : أبحاث التاريخ العام للقانون ، ص ٦١ .

للافتراض كوسيلة لإنشاء أو تعديل النظم القانونية (١) .

ولاشك أن كل وسيلة من وسائل الصياغة القانونية ، بما فـي ذلـك الأفكـار والمعايير والمبانى والتقسيمات والطوائف والقرائن ، تنطوى على شيء من الافـتراض ، أى على شيء من مخالفة الواقع وتشويهه ، لأن الصياغة القانونية وهى تحاول ضبط الواقـع تـؤدى حتما إلى تشويهه ، لأن الواقع متغير دائما وغير منضبط . ومع ذلك فإن التشـويه يصـل إلى درجته القصوى فى الافتراض القـانونى ، فهـو بحسـب تعريفـه " كـذب علـى الواقـع وتزوير له " ، فالافتراض لا يشوه الواقع من حيث اتجاهه إلى التعبير عنه ، بل هـو يشـوه الواقع لأنه يتجه أساسا إلى تشويهه وإنكاره ومخالفتـه . والافـتراض بهـذا المعنـى هـو مـن أشد وسائل الصياغة تطرفا ، ولا تدعو الحاجة إليه إلا بسبب عجز الفكـر القـانونى عـن خلق تصورات فكرية تنسجم مع الواقع ولا تخالفه ، ولهذا ينبغى أن يظـل الافـتراض مـن وسائل الصياغة الاستثنائية التى لا يلجأ إليه إلا فى حالات الضرورة ، وتحقيقـا لأهـداف القانون فى إقامة العـدل والمحافظة على المصلحـة العامـة حيـث تعجـز وسـائل الصياغـة الأخرى عن إدراك هذه الأهداف (٢) . وفائدة الالتجاء إلى الافتراض توجد فـى أنـه يغنـى الإنسان ولو لفترة من الزمن عن المجهـود المضنـى وغـير المضمـون فـى محاولـة بنـاء فكـار جديدة قد لا توفى بالغرض منها ، ومن الملاحظ أن القانون يتطـور مـن حيـث الموضـوع بأسرع مما يتطور من حيـث الشـكل ، ولذلـك فـلا بـأس مـن إدخـال الأحكـام القانونيـة الجديدة فى إطار الأفكار والتقسيمات التقليدية ، وهكذا يحقق القانون الصلة بين الماضى والحاضر والمستقبل ، فيتطور دون أن يبـدو عليـه ذلـك ، وهـو يتطـور برفـق مـن خـلال استمرار أشكال الصياغة التقليدية ، بما تحققه مـــن ضمـــان التجربة وما تعطيـه من مظهر

---

(١) دكتـور / هشـام علـى صـادق ، دكتـور / عكاشـه محمـد عبـد العـــال : تـاريخ النظـم القانونيـة والاجتماعية ، ص ٢٥٩ .

دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٣٨ .

(٢) دكتور / سمير عبد السيد تناغو : النظرية العامة للقانون ، ص ٤٠١ .

- *Dabin : La technique de l'elaboration du droit positif, specialement en droit civil, 1935, P. 282 et s.*
- *Geny (F.) : Science et technique en droit 1921, T. 3, P. 378.*

المشروعية . ومع ذلك فهذا الوضع لا ينبغى أن يستمر إلى مالا نهاية ، بل لابد من خلـق إطار جديد للأحكام الجديدة، وعدم الاكتفاء بالإطار القديم الذى دخلت فيـه الأحكـام الجديدة بطريق الافتراض ، وإلا فإن الاحتفاظ بالإطار القديم علـى الـدوام مـن شـأنه أن يعوق الحكم الجديد عن التطور ، بل إن الاحتفاظ بالأحكام الجديدة مـدة طويلـة داخـل الأفكار والاطارات القديمة من شأنه أن يؤدى فـى آخـر الأمـر إلى غموض القـانون وإلى تعقيده بدلا من تبسيطة (١) . ولذلك ففى كل مرة يستطيع فيها الفكر القانونى أن ينزع عن الأحكام الجديدة الثوب القديم الذى ألبس لهـا بطريـق الافـتراض والمجاز ، ويلبسـها بدلا منه ثوبا جديدا متفقا مع حقيقتها ، فإنه يؤدى بذلك إلى الارتقاء بالصياغة القانونيـة وإدراك الهدف الحقيقى منها. وكما يقـول " جنـى " فـإن البحـث عـن الأفكـار الحقيقيـة ينبغى أن يظل الهدف الأسمى لرجل القانون (٢) . ويجدر بالمشرع عدم التوسع فى اللجوء إلى الافتراض القانونى كأسلوب للصياغة القانونية ، نظرا لما يتضمنه من أخطـار جسيمة نتيجة قيامه على أساس مخالف للطبيعة والواقع ، ولذلك ينبغـى أن يظـل التجـاء القـانون إليه محصورا فى أضيق الحدود ، حيث يكون الالتجاء إليه أمرا لازمـا وضروريـا لتحقيـق العدل والنفع الاجتماعى ، وحينئذ تكون مثل هذه الغاية هى التـبرير الوحيـد للافـتراض القانونى . ويتعين فى هذه الحالة تحديـد مـدى هـذا الافـتراض ، بحيث يجب ألا يتجـاوز حدود الغرض المقصود من تقريـره ، فيكـون إذن محـلا للتفسـير الضيـق باعتبـاره وسـيلة اصطناعية للتعبير عن القانون .

" تم بحمد الله وتوفيقـه "

(١) دكتور / سمير عبد السيد تناغو : النظرية العامة للقانون ص ٤٠٩ .

- *Geny (F.) : Science et technique en droit, 1921, T.3, P. 391 et s.*
- *Dabin : La technique de l'elaboration du droit positif, specialement en droit civil, 1935, P. 383.*
- *Demogue : Les notions fondamentales du droit privé, 1911, P. 241.*

(2) *Geny (F.) Science et technique en droit, 1921, T. 3, P. 441.*

قائمة المراجع

أولا : المراجع العربيـة :

- ابن القيم الجوزية : أعلام الموقعين ، طبعة مطبعة النهضة الجديدة ٠
- دكتور / أبو زيد رضـوان : مفهـوم الشـخصية المعنويـة بـين الحقيقـة والخيـال ، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، يناير ١٩٧٠ ، العدد الأول ٠
- دكتور أبو زيد عبد الباقى مصطفى : الافـتراض ودوره فى تطـور القـانون " دراسـة نظرية تطبيقية لفكرة الافتراض القانونى ، طبعة ١٩٨٠ ، مجموعـة البحـوث القانونيـة والاقتصادية التى تصدرها كلية الحقوق بجامعة المنصورة ٠
- السرخسى : المبسوط ٠
- دكتور / السيد عبد الحميد فودة : مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومـانى والفقـه الإسلامى ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة ، ١٩٩٦م٠
- الشاطبى : الموافقات ، طبعة دار الفكـر ٠
- دكتور / أحمد شوقى محمد عبد الرحمن ، دكتور / محمد ناجى ياقوت ، دكتور / حسن عبـد الرحمـن قـدوس : المدخـل للعلـوم القانونيـة " النظريـة العامـة للقـانون " ، طبعـة ١٩٩٦ / ١٩٩٧ ، الناشر مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة ٠
- دكتور / توفيق حسن فرج : القانون الرومانى ، طبعة ١٩٨٥ ، الناشر الدار الجامعية للطبع والنشر ببيروت ٠
- دكتور / ثروت بدوى : النظم السياسية ، طبعة ١٩٧٥ ٠
- دكتور / جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين ، طبعة ١٩٧٠ ٠
- دكتور / حسن كيره : المدخل إلى القـانون ، طبعـة ١٩٧١ ، الناشـر منشـأة المعـارف بالإسكندرية ٠
- لورد / دينيس لويد : فكـرة القـانون ، تعريـب الأسـتاذ / سـليم الصويـص ومراجعـة الأستاذ / سليم بسيسو ، سلسلة عالم المعرفة ، العدد ٤٧ ، نوفمبر ١٩٨١ ٠

- دكتور / زكى عبد المتعال : تاريخ النظم السياسية والقانونية والاقتصادية " على الأخص من الوجهة المصرية " ، الطبعة الأولى ١٩٣٥ .
- دكتور / سمير عبد السيد تناغو : النظرية العامة للقانون ، طبعة ١٩٧٤ ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية .
- دكتور / شمس الدين الوكيل : الموجز فى المدخل لدراسة القانون " القاعدة القانونية "، طبعة ١٩٦٧ ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية .
- دكتور / صبيح مسكونى : تاريخ القانون العراقى القديم ، الطبعة الأولى ، بغداد ١٩٧١ .
- دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، طبعة ١٩٦٥ ، الناشر دار النهضة العربية .
- دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، طبعة ١٩٩٢ ، الناشر دار النهضة العربية .
- دكتور / صوفى أبو طالب : مبادىء تاريخ القانون ، طبعة ١٩٦٧ ، الناشر دار النهضة العربية .
- دكتور / طعيمة الجرف : القانون الإدارى " المبادىء العامة فى تنظيم ونشاط السلطات الإدارية " دراسة مقارنة ، طبعة ١٩٧٨ .
- دكتور / عادل بسيونى : نشأة النظم القانونية والاجتماعية وتطورها ، طبعة ١٩٩٨ / ١٩٩٩ .
- دكتور / عباس العبودى : تاريخ القانون .
- دكتور / عبد السلام الترمانينى : الوسيط فى تاريخ القانون والنظم القانونية ، مطبعة جامعة الكويت ، طبعة ١٩٨٢ .
- دكتور / عبد السلام ذهنى : الحيل " المحظور منها والمشروع " ، طبعة ١٩٤٦ .
- دكتور / عبد العزيز شوكت : البدر الساطع فى أصول النظم والشرائع ، طبعة ١٩٩٠ / ١٩٩١ ، الناشر مكتبة النصر .

- دكتور / عبد الفتاح حسن : مبادىء القانون الإدارى الكويتى ، طبعة ١٩٦٩ .
- دكتور / عبد القادر محمد أبو العلا : الذرائع فى الفقه الإسلامى ، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط ، العدد الثانى ، ١٩٨٤ .
- دكتور / عبد المنعم البـدراوى ، دكتور / فتحى عبد الرحيم عبد الله ، دكتور أبو زيد عبد الباقى مصطفى : المدخل للقانون " نظرية القانون ونظرية الحق " ، طبعة ١٩٧٩ / ١٩٨٠ ، الناشر مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة .
- دكتور / عبد المنعم درويش : مقدمة في تاريخ النظم القانونية والاجتماعيـة ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٧ .
- دكتور / عبد الودود يحيى ، دكتور / نعمان جمعه : دروس فى مبادىء القانون ، طبعة ١٩٩٣ .
- دكتور / عز الدين عبد الله : القانون الدولى الخاص ، الجزء الثـانى ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدوليين ، طبعة ١٩٧٢ .
- دكتور / على بدوى : أبحاث التاريخ العـام للقـانون ، الجزء الأول تـاريخ الشـرائع . الطبعة الثالثة ١٩٤٧ .
- دكتور / على حسن عبد القـادر : نظـرة عامـة فـى تـاريخ الفقـه الإسـلامى ، الطبعـة الثالثـة، ١٩٦٥ .
- دكتور / على محمد البارودى : حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصـة ، بحث منشـور بمجلة الحقوق ، السنة العاشرة ، العددان الثالث والرابع .
- دكتور / على محمد جعفر: تاريخ القوانين، الطبعـة الأولى ١٩٩٨، الناشـر المؤسسـة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ببيروت .
- دكتور / عمر ممدوح مصطفى : أصول تاريخ القانون ، الإسكندرية ١٩٥٢ .
- دكتور / عمر ممدوح مصطفى : الفقه عند الرومـان ، بحـث منشـور بمجلـة الحقـوق . السنة الثالثة ، مارس ١٩٤٨ .

- دكتور / عمر ممدوح مصطفى : الموجز في القانون الروماني ، الجزء الأول ، طبعة ١٩٥٣ ، الناشر مطبعة نشر الثقافة بالإسكندرية .
- دكتور / فتحي المرصفاوي : تكوين الشرائع ، الناشر دار النهضة العربية .
- دكتور / فتحي عبد الرحيم عبد الله ، دكتور / محسن عبد الحميد إبراهيم البيه . دكتور / رمزي فريد مبروك : المدخل للعلوم القانونية " الكتاب الثاني ، النظرية العامة للحق " ، طبعة ١٩٩٦ / ١٩٩٧ ، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة .
- دكتور / فتحي عبد الصبور : الشخصية المعنوية للمشروع العام ، رسالة دكتوراه ، بدون تاريخ .
- فوستيل دى كولانج : المدينة العتيقة ، ترجمة عباس بيومي والدواخلي .
- فضيلة الشيخ / محمد أبو زهرة : أبو حنيفة ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٥ .
- دكتور / محمد الخضرى : تاريخ التشريع الإسلامي ، الطبعة التاسعة ، ١٩٧٠ .
- دكتور / محمد سلام مدكور : المدخل للفقه الإسلامي ، طبعة ١٩٦٣ .
- دكتور / محمد عبد المجيد مغربي:الوجيز في تاريخ القوانين، بيروت ، طبعة ١٩٧٩ .
- دكتور / محمد عبد المنعم بدر ، دكتور / عبد المنعم البدراوى : مبادىء القانون الروماني " تاريخه ونظمه " ، طبعة ١٩٥٤ ، مطابع دار الكتاب العربي بمصر .
- الشيخ / محمد عبد الوهاب بحيرى : الحيل في الشريعة الإسلامية ، وشرح ما ورد فيها من الآيات والأحاديث ، أو كشف النقاب عن موقع الحيل من السنة والكتاب . طبعة ١٩٧٤ .
- دكتور / محمد على الصافورى : القانون الروماني .
- دكتور / محمد فؤاد مهنا : القانون الإدارى العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني ، الطبعة الثانية ١٩٦٥ .
دكتور / محمد كامل ليله : النظم السياسية ، طبعة ١٩٦٣ ، الناشر دار الفكر العربي .
دكتور / محمد نور فرحات : تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية .

- دكتـور / محمـود السـفا : أضـواء علـى تـاريخ النظـم الاجتماعيـة والقانونيـة ، طبعـة ١٩٩١ ، الناشر دار النهضة العربية .
- دكتور / محمود جمال الدين زكى : الوجيز فى النظرية العامة للالتزامـات فـى القـانون المدنى المصرى ، الطبعة الثالثة ، ١٩٧٨ .
- دكتور / محمود سلام زنـاتى : نظـم القـانون الرومـانى ، طبعـة ١٩٦٦ ، الناشـر دار النهضة العربية .
- دكتور / محمود عبد الرحيم الديب : الحيل فى القانون المدنى " دراسة مقارنـة بالفقـه الإسلامى " ، دار الجامعة الجديدة للنشر .
- دكتور / مصطفى أبو زيد فهمى : الوجيز فى القانون الإدارى " الجزء الأول ، نظريـة المرافق العامة " ، الطبعة الأولى ١٩٥٧ .
- دكتور / مصطفى سيد أحمد صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، طبعة ١٩٩٥ ، الناشر مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة .
- دكتور / مصطفى محمود عفيفي : مذكرات فى النظم السياسية وتنظيماتها الأساسية ، طبعة ١٩٨٣ .
- دكتور / منصور مصطفى منصور : نظرية الحلول العينى وتطبيقاتها فى القانون المدنـى المصرى ، رسالة دكتوراه ، ١٩٥٦ .
- دكتور / نجاشى على إبراهيم : الحيل فى الفقه الإسلامى ، رسالة دكتـوراه مقدمـة إلى كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر عام ١٩٧٣ .
- دكتور / هشام علي صادق ، دكتور / عكاشة محمدعبد العال : تاريخ النظم القانونيـة والاجتماعية ، طبعة ١٩٨٧ ، الناشر الدار الجامعية .

ثانيا : المراجع الأجنبية :

- *André houriou : Droit constitutionnel et institutions politiques , 1972.*
- *Aubry et Rau : Droit civil francais, T. 10, 1954.*
- *Baury - Lacantinerie (G.) et Barde (L.) : Traité theorique et pratique de droit civil, les obligations, Paris 1908.*
- *Berthelemy : Traité élémentaire de droit administratif, 1926.*

- *Bertrand De Jouvenel : Essai sur la politique de Rousseau, in J.J.Rousseau : du contrat social, Géneve.*
- *Boyer : La notion de transaction, contribution à l'etude des concepts de cause et d'acte déclaratif. Thèse, Toulouse 1947.*
- *Breth De la Gressaye, et Labord Lacoste :Introduction générale à l'étude du droit, Paris 1947.*
- *Carbonnoer (J.) : Cours de sociologie juridique, 1960- 1961.*
- *CF. Albert Brimo : Les grands courants de la philosophie du droit et de l'état, 1978.*
- *CF. G. Mosca : Histoire des doctrines politiques, Paris 1955.*
- *Corne (Henri) : De la fiction du postliminium et la fiction de la loi cornélie, Thése, Dijon 1895.*
- *Coulombel : La particalarisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé, Thèse, Nancy 1949.*
- *Dabin : Le droit subjeclifs, 1952.*
- *Dabin : La technique de l'elaboration du droit positif, specialement en droit civil, 1935.*
- *Deans : Legal history.*
- *Dekkers (René) : La fiction juridique, étude de droit romain et de droit comparé, Thèse, Paris 1935.*
- *Demogue : Les notions fondamentales du droit provè, 1911.*
- *De Page et Dekkers : Traité élémentaire de droit civil Belge, T.5, 1952.*
- *Dereux : Etude critique de l'adage " Nul n'est censé ignorer la loi", Rev.trimestrielle de droit civil, 1907.*
- *Duhaut (H.) : De la form, de ses caracterés et de ses regles en droit romain, Thèse, Nancy 1882.*
- *Dumeril (Henri) : Les fiction juridique, leur classification. leur origines, Rev. Gemeral de droit de la legslation et de la jurisprudence en France et a l'etranger, 1882.*
- *Durand (P.) : L'evolution de la condition juridique des personnes morales de droit privè, dans ètudes offertes a Georges Ribert, 1950.*
- *Durliac et J. De Malafosse : Histoire de droit privé, 1971.*
- *Ellul : Histoire des institutions, 1961.*
- *Fréderic Atager : Essai sur l'histoire du contrat social, Paris 1906.*
- *Frejaville : Des meubles par anticipation, Thèse, Paris 1927.*
- *Gallet (Aimé) : Etude sur la fiction de retroactivité dans le droit francais, Thèse, Poitiers 1903.*

- *Gaston May : Eléments de droit romain, Paris 1907.*
- *Gaudemet : Histoire des institutions de l'antiquité, Paris 1967.*
- *Geffard : Précis de droit romain, Paris 1938.*
- *Geny (F.) : Science et technique en droit, 1921.*
- *Girard : Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1929.*
- *Goadby : Commentary on Egyptian criminal law, 1924.*
- *Gulphe : L'immobilisation par destination, Thèse, Paris 1943.*
- *Henry Sumner Maine : Ancient law, 1920.*
- *Henry Sumner Marine : Early institutions.*
- *Hebraud : Apropos d'une form particuliére de copropriete, la copropriété par appartement, Rev. trimestrielle de droit civil, 1938.*
- *Holdswarth : History of English law.*
- *Houin : Le probléme des fictions en droit privé, Trav. de l'association Henri capitant, 1948.*
- *Huveline : Cours élémentaire de droit romain, Paris 1927.*
- *Ihring (R. Von) : L'esprit du droit romain.*
- *Ismail Ghanem : Essai critique sur la notion du patrimoine en droit Francais et en droit Egyptien, Thèse 1951, (Imprimée 1957).*
- *Janks : Short history of English law.*
- *Jean Louis Eyot : Essai sur le pouvoir de John Lock, 1963.*
- *Lecoq (Lucian) : De la fiction comme pricédé juridique, Thèse, Paris 1914.*
- *Maithand : The constitutional history of England.*
- *Marty (Gabriel) et Raynaud (Pierre) : Droit civil, T.1, Introduction génétal a l'ètude du droit, 1972.*
- *Maynau (Jean) : Les fictions de contrat dans le code civil, Thèse, Monpiller 1924.*
- *Merle (roger) : Essai de contribution a la theorie général de l'effet declaratif en droit civil Francais, Thèse, Toulouse 1949.*
- *Michaud (L.) : La théorie de la personnalitè et son application au droit Francais, 1932.*
- *Monie, Cardaschia, Imbert: Histoire des institutions et des faits sociaux, Paris 1956.*
- *Monier : Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1947.*
- *Montesquieu : Esprit des lois.*
- *Octave laroche : La personalitè morale, Thèse, Paris 1905.*

- *Planiol : Traité élémentaire de droit civil, 1935.*
- *Planiol, Répert, et Picard : Traité pratique de droit civil Francais, T.3. 1952.*
- *P. L. L'Eon : Rousseau et le contrat social, in Arch. de philos. du droit, 1935.*
- *Pollock, Maitland : History of English law.*
- *Radcliffe, Cross : The English legal system, London 1946.*
- *Redpath : Reflexion sur la nature du concept de contrat social shez Hobbs, locke, Rousseau, Hume, En etudes sur la contrat social, 1965.*
- *Richard : La critique de l'hypothése du contrat social avant J.J. Rousseau, 1937.*
- *Robert Derathé : Jean Jacques Rousseau et la science politique de son temps, 1950.*
- *Roger (René) : De rôle de la fiction en droit, G. P. doc., 1935.*
- *Salilles (R.) : De la personnalité juridique, 1922.*
- *Savigny : Traité de droit romain, trad.franc. de Guenoux, Paris 1840.*
- *Sayegh (Joseph) : Les fiction en droit privé, Thése, Dakar 1968.*
- *Schmidt - Szalewski (Joanna) : Les fictions en droit privé, archives de philosophie de droit, T.20, 1975.*
- *Starck (Boris) : Droit civil. (Introdution), 1972.*
- *Terré (F.) : La rôle actuel de la maxime "nul n'est censé ignorer la loi", in : Etudes de droit contemporain, nouvelle serie, 1966.*
- *Villers : Rome et la droit privé, Paris 1977.*

الفهرس